

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

EDUARDO SYDENSTRICKER COSTA

A AÇÃO COLETIVA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

CURITIBA

2013

EDUARDO SYDENSTRICKER COSTA

A AÇÃO COLETIVA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

**Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à
graduação no Curso de Direito.**

Orientador: Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

**CURITIBA
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO SYDENSTRICKER COSTA

A AÇÃO COLETIVA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel
no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Professor Doutor Manoel Caetano Ferreira Filho

Membro: _____

Professor Doutor Clayton de Albuquerque Maranhão

Membro: _____

Professor Doutor Elton Venturi

Aos meus pais,
que sempre estiveram ao meu lado
e muito me apoiaram nestes anos de estudos.

SUMÁRIO

Lista de Abreviaturas

Resumo

Introdução.....	01
1.Princípios da tutela coletiva.....	04
1.1 Princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo.....	06
1.2 Princípio do microsistema: aplicação integrada das leis para a tutela coletiva.....	08
1.3 Princípio da reparação integral do dano.....	10
2. Objeto da demanda.....	11
2.1 Direitos individuais homogêneos ou de causa comum.....	13
2.2 Direitos difusos.....	16
2.3 Direitos coletivos.....	18
3. As partes no processo.....	20
3.1 Legitimidade ordinária, representação e substituição.....	22
3.2 A <i>Class Action</i>	25
3.3 A lógica diferenciada nos processos coletivos : a extensão dos efeitos a quem não foi parte.....	27
4. Conflitos entre processos e execução de demandas coletivas.....	31
4.1 Litispendência, conexão e continência entre demandas coletivas.....	33
4.2 Conflito entre demandas coletivas e individuais.....	36
4.3 A execução da sentença e o fundo coletivo.....	39
5. A coisa julgada.....	43
5.1 A coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i> e <i>secundum eventum litis</i>	47
5.2 A tentativa de restrição da coisa julgada em processos coletivos.....	53
5.3 A crítica doutrinária e a mudança de entendimento do STJ.....	54
6. Considerações finais.....	60
7. Bibliografia.....	62
8. Anexos.....	64

Lista de Abreviaturas

CDC – Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/1990.

CF – Constituição Federal de 1988.

CPC – Código de Processo Civil, lei 5.869/1973.

CPP – Código de Processo Penal, decreto-lei 3.689/1941.

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/1990

LACP – Lei da Ação Civil Pública, lei 7347/1985.

LAP – Lei da Ação Popular, lei 4.717/1965.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo apresentar algumas das características mais notáveis no processo coletivo quando comparado ao processo individual civil, relacionando o assunto ao tratamento processual dado à via coletiva pelo código de defesa do consumidor.

Ao tratar sobre a ação coletiva nas relações de consumo busca-se destacar as peculiaridades em relação a institutos clássicos do direito, tais como a coisa julgada e a legitimidade das partes, para apresentar a lógica diferenciada nesse tema em relação ao processo individual clássico.

Introdução

A dinamização das relações sociais bem como a mudança de paradigma do Estado, passando de um posicionamento Liberal ao Estado Social, geraram a conquista social de novos direitos. Resultou também na necessidade de tutela desses direitos, relacionados em um primeiro momento a pequenos grupos de indivíduos, como os direitos classistas dos trabalhadores, até o início da tutela de direitos sociais difusos. O surgimento do processo coletivo teve grande importância histórica, pois é o meio adequado para a tutela de direitos relacionados a grupos ou categorias de sujeitos de direito e até mesmo para a proteção de direitos ligados à toda coletividade.

Questões que individualmente possuem pouca importância econômica podem se tornar relevantes sobre a mesma perspectiva ao assimilarem um grande número de casos similares em um único processo. Se poucos consumidores prejudicados por determinado produto defeituoso propuserem demandas individuais buscando a reparação do dano sofrido, apenas alguns terão o pedido procedente. Sendo o custo para reparo da linha produtiva do defeito gerado à mercadoria maior que o valor das indenizações pagas, haveria uma permissão econômica para a prática do ilícito. Entretanto, caso se ajuíze uma demanda coletiva, o valor total de indenizações e custas processuais será consideravelmente superior, o que provavelmente irá gerar um incentivo econômico para o fornecedor aprimorar a mercadoria ofertada e evitar futuras demandas.

Além de facilitar o acesso à justiça, o processo coletivo possui outras vantagens em relação ao processo individual. A economia processual é um fator de grande relevância pois se estaria julgando em um único processo o que antes seria tratado em diversas demandas. Essa iniciativa reduz o número de processos no Poder Judiciário e permite que o magistrado analise com maiores cuidados cada demanda por ter um número de casos menor para analisar.

O julgamento de uma demanda coletiva tutela ainda a isonomia, pois todos os casos em situação jurídica idêntica teriam a mesma resolução no mérito em um único caso e se evitaria portanto que situações idênticas recebam soluções díspares como um caso sendo procedente e outro não tendo o direito reconhecido. Isso ainda aumentaria a credibilidade do Poder Judiciário perante a própria sociedade.

Há ainda demandas que somente podem ser solucionadas pela demanda coletiva, o instrumento do processo individual seria totalmente ineficaz como no caso dos direitos difusos. Caso uma empresa instale uma unidade poluidora próxima às margens de determinado rio e isso prejudique a qualidade de vida dos habitantes da região, a pretensão individual clássica seria insuficiente pois geraria meramente uma indenização proporcional ao dano sofrido decorrente da prática do ato ilícito.

Seria com base no direito difuso ao meio ambiente equilibrado¹ que seria obtível uma ação inibitória, impedindo a instalação da empresa antes que qualquer dano ambiental seja gerado. A tutela inibitória² nesse caso seria essencial pois uma mera instalação empresarial irregular poderia gerar o pedido de transferência da instalação ou encerramento de suas atividades antes que qualquer dano seja efetivamente produzido, efetivamente protegendo portanto o direito material. A via coletiva se torna portanto essencial para a efetivação de certos direitos.

Com o desenvolvimento das atividades econômicas e o crescimento populacional houve a criação do mercado de consumo, um novo modelo de produção

¹CF Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5041>>. Acesso em: 29 set. 2013

em larga escala de produtos e serviços postos à disposição dos clientes. O Direito do Consumidor nasce de uma relação jurídica nova e profundamente desigual, na qual o fornecedor utiliza seu poder econômico para impor o preço e condições do produto ou serviço enquanto o consumidor possui pouco poder de barganha, meramente optando entre aderir ao contrato ou não.³

O mercado pode em dada medida amenizar o poder econômico do fornecedor em ditar preços, por exemplo pela própria prática da concorrência, entretanto, há casos em que monopólios são instaurados seja por conquista legítima do mercado ou seja pela própria necessidade desse.⁴ É importante portanto que o direito apresente uma solução jurídica de maneira mais ampla possível para tratar a vulnerabilidade do consumidor, envolvendo nisso os bens e serviços comercializados bem como os meios de circulação dos mesmos coibindo a propaganda enganosa e contratos com cláusulas abusivas por exemplo.

Nesse contexto é criado o Código de Defesa do Consumidor contendo normas de ordem pública para disciplinar a matéria, normas impositivas disciplinando a relação de consumo e que não podem ser afastadas por acordo entre as partes por visarem a proteção de seus destinatários. Sobre a matéria:

“São de ordem pública todas as normas (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados,

³ Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari. 8º ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 2005. p.6-14.

⁴ Há mercados nos quais o exercício da atividade econômica exigiria um monopólio natural pelo agente econômico para que haja eficiência, como no caso dos serviços ferroviários. Caso duas empresas estabeleçam cada uma determinada linha ferroviária paralela uma à outra isso levaria à falência de ambas. Nessas situações o comportamento racional e natural do agente econômico é o de aumentar os preços, cabendo ao Estado a função de regulação da atividade. Há a possibilidade da concentração de mercado ser um efeito possível da própria atuação da concorrência, por ser o agente econômico mais eficiente que os demais. A princípio isso não constitui um ilícito, entretanto caso haja abuso da posição dominante como a criação de barreiras ao ingresso de novos concorrentes deve o Estado se manifestar para proteger o direito concorrencial e o próprio consumidor.

disciplinando relações que os envolvam e fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ao interesse público”.⁵

O direito do consumidor por reequilibrar a relação de consumo aliado ao instituto do processo coletivo, se tornam o meio mais eficiente na tutela dos direitos dos indivíduos e na atribuição da tutela jurisdicional efetiva.

1.Princípios da tutela coletiva

Os princípios podem ser conceituados como “as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de se organizar-se”.⁶ Por essa visão o princípio seria aquilo que unifica o sistema, o sistema teria um princípio reitor que lhe daria uma lógica própria e o harmoniza. Enquanto integradores do sistema seriam mais genéricos e abrangentes, diferente das regras que são mais específicas.

Em relação à distinção entre as regras e princípios, Gomes⁷ afirma que:

“[...] o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em "conflito"; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do Direito Processual Civil*. São Paulo. Volume I, 6º edição, revista e atualizada. Malheiros, 2009. p.71.

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.18

⁷ GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções. *Jus Navigandi*, Teresina, Ano 9, Nº 851, 1 nov 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc.. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver "colisão", não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como "mandados de otimização" que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente em dois ou mais deles).” As regras seriam no todo aplicáveis ou seriam revogadas pelo ordenamento, o princípio caso em colisão com outro princípio exigiria o método da ponderação, se verificaria no caso concreto qual deve preponderar sem que isso resulte na exclusão no ordenamento jurídico do princípio não aplicado.

Continua o autor destacando como uma das principais distinções entre as regras e princípios sendo o âmbito de abrangência. As regras teriam aplicação voltada a casos concretos por elas previsto, a regra se restringiria ao âmbito daquilo que ela regula. O princípio já teria uma abrangência por todo o ordenamento, o princípio da presunção de inocência estaria presente em todas as etapas do processo penal como exemplificado pelo jurista. Os princípios teriam ainda a função supletiva pois preenchem eventuais lacunas presentes no ordenamento jurídico.

Os princípios como integradores do ordenamento jurídico devem ser aplicados sempre que possível, pois isso conferiria uma unidade ao sistema. Apresentadas algumas breves características dos princípios, passaremos para a análise de alguns dos princípios mais relevantes dentro das ações coletivas⁸.

⁸ Os princípios da tutela coletiva não se restringem aos apresentados no corpo deste trabalho pois como apresentado pelos doutrinadores entre eles Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr teríamos uma grande variedade principiológica regendo esse sistema. Nota-se que os princípios apresentados não são exclusivos dessa via processual e tão pouco regedores apenas do direito do consumidor, pois a reparação do dano causado estaria presente no código de processo civil (art. 461) ao valorizar a tutela específica em detrimento da conversão em perdas e danos, bem como no direito ambiental. A escolha dos três princípios apresentados tem dupla função: mostrar através de um ponto de vista diverso a relação deles com o tema, e destacar a importância fundamental deles no sistema de tutela coletiva (por vezes ignorada por parcela da própria jurisprudência).

1.1 Princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo

O direito brasileiro abdicou, em certa medida, do formalismo exacerbado⁹ no processo civil para com isso reduzir o lapso temporal para o proferimento de decisões judiciais (tempestividade do processo) e para se aproximar mais da efetivação dos direitos materiais de cada caso. Como afirma Carlos Alberto Álvaro de Oliveira¹⁰ o processo não é um fim em si mesmo, ele existe como um instrumento na obtenção da justiça material e da pacificação social que deve ser conforme os valores constitucionais.

O objetivo democrático do Estado fundado na Constituição Federal, bem como a defesa da efetividade da tutela jurisdicional impõem que questões meramente formais não obstaculizem o direito material discutido. Não haveria serventia em um processo, que por mero fetiche às normas processuais impeça o acesso da população a seus direitos essenciais. Desse entendimento pode-se concluir que:

“Com efeito o Poder Judiciário deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar sua função social[...]. Não é mais admissível que o Poder Judiciário fique preso em questões

⁹Há de forma dispersa no ordenamento e presente em vários princípios tal idéia. A fungibilidade (exemplificada nos art.805 e 920 do CPC) prevê o aproveitamento de um ato indevidamente praticado como se outro ato fosse, semelhante em dada medida ao previsto no art. 170 do Código Civil. Segundo o art. 295 V do CPC o magistrado só indefere inicial por erro no procedimento escolhido se n puder adaptá-la ao procedimento adequado. No art. 273 § 7º do CPC se consagrou a fungibilidade das medidas urgentes.

O princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos prevê que as invalidades devem ser restritas ao necessário, significa dizer que partes aproveitáveis de atos inválidos devem ser utilizadas por não serem diretamente contaminados pelo ato inválido. Deve-se tentar aproveitar na medida do possível os atos processuais defeituosos. Apenas teríamos uma invalidade processual se do ato defeituoso do ponto de vista processual decorrer algum prejuízo para uma das partes, as invalidades teriam a função de evitar prejuízos e não de zelar por um formalismo descabido, relacionado a tal princípio temos os art. 249 § 1º, e 250 caput e parágrafo único do CPC. Na mesma linha, o art. 244 do CPC ao consagrar o princípio da instrumentalidade das formas segundo o qual se considera válido ato que alcança sua finalidade mesmo que por forma diversa da prevista seria outro exemplo.

¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo, São Paulo:RT, n. 137,agosto 2006. p.7-31.

formais, muitas delas colhidas em uma filosofia liberal individualista já superada e incompatível com o Estado Democrático de Direito, deixando de enfrentar o mérito, por exemplo, de uma ação coletiva cuja a causa de pedir se fundamenta em improbidade administrativa ou em dano ao meio ambiente”.¹¹

Esse princípio visando o julgamento do mérito em ações coletivas deve ser entendido de forma ampla sempre que cabível. Isso ocorre por significar um respeito ao Estado de Direito e a seus valores inerentes, bem como pela importância da tutela coletiva uma vez que essa pode estar julgando em uma única ação os direitos individuais de vários afetados, os direitos de toda uma categoria ou mesmo os direitos transindividuais de toda a sociedade. Tal princípio sustentaria a aplicação analógica do disposto no art. 5º §3 da LACP¹² e art. 9º da LAP¹³ a outros modelos¹⁴ de ações coletivas, dentre os quais o próprio CDC. Segundo os artigos mencionados quando há desistência infundada do polo ativo no processo coletivo, deve ocorrer a sucessão processual, onde o autor é afastado do processo e ingressa nesse a parte legítima para que o mérito seja julgado e não ocorra a extinção do processo sem o julgamento do mérito.

¹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 572

¹² LACP art. 5º § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

¹³ Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motivação à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

¹⁴ Um exemplo disso estaria no RESP do STJ 201000147730 da 2ª turma de relator o ministro Mauro Campbell Marques.

1.2 Princípio do microssistema: aplicação integrada das leis para a tutela coletiva

Os direitos individuais liberais operam sobre uma lógica de liberdade, na qual o titular desses direitos pode dispor deles conforme sua conveniência e vontade. O titular ao ajuizar uma ação estaria defendendo seus próprios direitos em juízo, logo ele seria o único afetado por suas próprias ações e omissões¹⁵, o titular do direito subjetivo individual tem a faculdade de agir. O processo coletivo opera sobre outro paradigma, pois os valores em pauta dizem respeito a vários indivíduos podendo chegar até mesmo a toda a coletividade. Haveria uma obrigatoriedade do Ministério Público, em constando presentes os pressupostos necessários e a lesão ou ameaça de lesão de direitos coletivos, de ajuizar a ação cabível na defesa de tais direitos em conta de sua função institucional na defesa dos direitos sociais e individualmente indisponíveis.

Conforme destacado pela doutrina¹⁶ os processos coletivos são regidos por normas e princípios próprios, em um sistema integrado que busca através de uma releitura de institutos clássicos no processo civil, os reinventar, adaptando-os para a realidade das tutelas coletivas.

Isso significa dizer que na ocorrência de eventuais omissões sobre o tratamento de determinados assuntos, deve-se buscar a solução no próprio microssistema, e caso não seja encontrada uma solução adequada se iria buscar a resposta no Código de Processo Civil. O CDC ao determinar a aplicação de seu título III na Lei da Ação Civil Pública modificou o art.21 da LACP¹⁷ e criou um sistema

¹⁵ A não apresentação de contestação pelo réu pode acarretar na revelia, que conforme o artigo 319 do CPC levaria à presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

¹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009.p.123

¹⁷ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

autoreferencial para a tutela de direitos coletivos. O próprio sistema coletivo apresentaria as soluções para as questões que o envolve. Assim se recorreria à ação popular, estatuto do idoso, ECA, lei de improbidade administrativa, e outras legislações para se chegar à solução do caso concreto, e caso insuficientes se utilizaria do CPC.

Segundo Rodrigo Mazzei¹⁸:

“...o Código de Processo Civil- como norma de índole individual- somente será aplicado nos diplomas de caráter coletivo de forma *residual*, ou seja, se houver omissão específica a determinada norma, não se adentrará -de imediato- nas soluções legais previstas no Código de Processo Civil, uma vez que o intérprete deverá, antecedentemente, aferir se há paradigma legal dentro do conjunto de normas processuais do *microsistema coletivo*. Com outras palavras, somente se aplicará o Código de Processo Civil em ações coletivas quando a norma específica para o caso concreto for omissa e, em seguida, verificar-se que não há dispositivo nos demais diplomas que compõem o *microsistema coletivo* capaz de preencher o vácuo.

Diferente não pode ser, pois um dos pilares na formação de *microsistemas* está na existência de diferença principiológica do diploma especial com a norma geral, situação facilmente aferível no direito processual coletivo, cuja essência muito se distancia da postura, frise-se, individual do Código de Processo Civil”.

¹⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. “A ação popular e o microsistema da tutela coletiva”. Luiz Manoel Gomes Jr. E Ronaldo Fenelon Santos Filho (coords.). *Ação popular- aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo:RT, 2007., p.411-412.

1.3 Princípio da reparação integral do dano

Em razão da importância dos direitos tratados pela via coletiva, seja pelo número de titulares afetados, seja pelo próprio objeto discutido em juízo, haveria a necessidade de reparação integral do dano gerado. Segundo esse princípio o dano coletivamente gerado deve ser reparado em sua integralidade. Tenta-se conforme o artigo 83¹⁹ do CDC alargar a possibilidade de pedidos possíveis de serem formulados em ações coletivas para que haja efetiva tutela a esses direitos. Ainda, pelo art. 84²⁰ do CDC haveria um fomento pelo cumprimento da tutela específica, que poderia ser convertida em perdas e danos em hipóteses excepcionais.

Conforme o art. 11²¹ da LAP se tornaria evidente esse princípio, pois mesmo sem estar entre os pedidos da ação popular o pedido de condenação do réu que gerou danos à coletividade, a sentença da ação popular ao julgar a ação procedente e reconhecer a invalidade do ato impugnado, já automaticamente condenaria os responsáveis pelo ato e beneficiados dele a pagarem o valor estimado nas perdas e danos. Portanto ao se reconhecer a existência de dano a direito difuso na ação popular já haveria uma compulsória condenação destinada a reparar o dano causado.

Tal princípio teria forte aplicação prática nos TACs enquanto forma de restrição ao que será objeto de acordo. Os termos de ajustamento de conduta ou TACs são documentos assinados por partes que se comprometem a cumprir determinadas condições para reparar o dano causado ou prevenir a sua ocorrência. Enquanto negócio

¹⁹ Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

²⁰ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

²¹ Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

jurídico envolvendo interesses metaindividuais, há uma restrição imposta ao que pode ser acordado. Os direitos transindividuais não suportam transação, se violados devem ser reparados em sua integralidade.

Assim sendo o TAC apenas se limitaria ao prazo para a recuperação do dano causado, ou à forma escolhida para a reparação do dano por exemplo, mas não poderia restringir o objeto de reparação pois ele deve ser protegido e tutelado em sua plenitude. Se por exemplo vinte hectares de vegetação nativa são danificados por determinado sujeito, pode-se acordar a forma de reparação e o prazo estipulado mas não a reparação de uma área inferior à prejudicada. O TAC constitui título executivo extrajudicial, que caso descumprido é passível de execução direta.

O *fluid recovery* seria outro exemplo do presente princípio, pois conforme apresentado no art. 100 do CDC mesmo sem a habilitação individual de cada um dos afetados a reparação será integral, pois os valores restantes serão destinados ao FDD (fundo de defesa de direitos difusos).

2. Objeto da demanda

O objeto do processo conforme conceitua Cândido Dinamarco²² “é a pretensão a um bem da vida, quando apresentada ao Estado-juiz em busca de reconhecimento ou satisfação. É o material sobre o qual atuam as atividades jurisdicionais exercidas pelo juiz e todos os atos de defesa judicial dos direitos, realizados pelas partes”.

²² DINAMARCO, Cândido R. (Cândido Rangel). *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 180

Conforme ensina o autor é em torno desse objeto da demanda que o processo irá tomar seu curso, limitando o pedido, relacionando a produção das provas pelas partes que tentarão mostrar a procedência do direito afirmado, e o próprio limite da concessão da tutela jurisdicional.

Ele é requisito da petição inicial²³, necessário portanto que o autor expresse sobre qual direito pretende receber a tutela jurisdicional sob pena de indeferimento da inicial. Segundo o princípio da congruência²⁴ não pode o juiz expandir o objeto do processo para além do estabelecido pelas partes, mesmo quando logicamente cabível²⁵. Deve haver congruência entre o pedido e a decisão, pois em caso contrário se estaria violando outros princípios presentes no ordenamento jurídico, tais como o princípio da inércia da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa.

Se violaria o princípio da inércia da jurisdição pois o juiz somente pode atuar quando provocado pela parte interessada, respeitando os limites da lide o que impossibilita a expansão do objeto da lide feita pelo juiz. Como a parte ré elaborará sua defesa conforme o apresentado pela parte autora ela não irá se defender sobre matéria não alegada por essa, e caso tal matéria seja provida não teria ocorrido um contraditório acerca de seu cabimento violando portanto a ampla defesa e o contraditório.

Há, entretanto, formas excepcionais e legítimas de se expandir o objeto de litígio ou as pessoas que estarão sujeitas ao julgamento do discutido em juízo, por

²³ CPC Art. 282. A petição inicial indicará:
III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
IV - o pedido, com as suas especificações;

²⁴ O princípio da congruência é uma limitação ao objeto de decisão do juiz, segundo o qual as partes restringem aquilo que será discutido em juízo e caberá ao juiz apenas julgar sobre isso. É previsto nos artigos do Código de Processo Civil:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

²⁵ Se o pedido se restringe a uma ação declaratória de nulidade de determinado negócio jurídico que utilizou assinaturas falsas, não seria possível que o juiz ao reconhecer a procedência do pedido condenasse o réu ao pagamento de verbas relacionadas a danos morais decorrentes da prática do ato.

iniciativa do autor, réu ou mesmo do juiz. Pode o autor por meio dos aditamentos à inicial antes da citação do réu acrescentar um pedido ao anteriormente formulado, ou mesmo após a citação modificar o pedido ou a causa de pedir caso haja expresso consentimento do réu nesse sentido²⁶. Ainda a título meramente exemplificativo, poderia o réu pelo instituto da reconvenção²⁷ formular uma demanda contra o autor no mesmo processo, fomentando assim a economia processual e evitando a formulação de decisões logicamente conflitantes, bem como o juiz determinar de ofício o ingresso de terceiro no processo na qualidade de litisconsorte necessário²⁸.

2.1 Direitos individuais homogêneos ou de causa comum

O CDC²⁹ conceitua tais direitos como sendo os de causa comum, e que podem ser objeto de tutela coletiva. Conforme aponta Kazuo Watanabe³⁰ origem comum não significa obrigatoriamente uma unidade factual e temporal. Como exemplificado pelo autor, mesmo que vários consumidores sejam afetados em diferentes locais e em dias diferentes por um determinado produto nocivo à saúde, todos poderiam

²⁶ Conforme o CPC, artigos:

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa.

²⁷ CPC Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.

Art. 315. O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

²⁸ CPC Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

²⁹ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

³⁰ Código brasileiro de defesa do consumidor comentado/ pelos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, Jpsé Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Junior e Zelmo Denari. 4º Ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária; 1995. p.506

participar como litisconsortes da mesma ação coletiva na defesa dos direitos individuais homogêneos. Isso porque o fato que causou o dano tem origem comum, se trata do mesmo ocorrido ainda que em locais ou tempos diversos.

Barbosa Moreira³¹ classifica os direitos coletivos em direitos essencialmente coletivos e direitos acidentalmente coletivos. Os primeiros tratam de direitos coletivos em sua essência, por tutelarem em um único interesse toda uma coletividade ou tutelar a todos de forma difusa, de modo que ou o pedido por não ser divisível é procedente ou improcedente a todos.

Assim se um aeroporto devido ao fluxo de aeronaves estiver produzindo poluição sonora excessiva e os habitantes vizinhos estiverem incomodados, deve ser proposta uma única ação coletiva. Por ser um direito essencialmente coletivo ele não poderia ser dividido em outras ações, não haveria lógica em uma ação individual ser procedente quanto ao pedido de alteração de horário de funcionamento do aeroporto e outra ser julgada improcedente, como dito ou o direito é em todo acolhido ou seria no todo rejeitado. Os direitos acidentalmente coletivos são aqueles em que há um indivíduo titular do direito, o direito em si é divisível mas escolhe-se a via coletiva pelas vantagens que ela envolve. São esses últimos os tratados pelo Código de defesa do Consumidor ao abordar os direitos coletivos homogêneos ou de origem comum.

Segundo Ada Pellegrini Grinover³² é possível que o pedido de reparação dos danos sofridos previsto no art. 91 do CDC não se restrinja aos consumidores afetados, podendo abranger terceiros prejudicados. A posição da autora tem por base o próprio

³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 195-196.

³² Código brasileiro de defesa do consumidor comentado/ pelos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, Jpsé Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Junior e Zelmo Denari. 4º Ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária; 1995. p.537-567.

texto legal³³ pois em sendo procedente o pedido nesse caso, o réu seria condenado a reparar o prejuízo provocado, e não meramente o prejuízo apontado pela parte autora.

A sentença nesse caso seria certa pois estabelece com clareza os direitos e obrigações a serem cumpridos, e genérica pois precisa ser liquidada. Os legitimados do art. 82 do CDC estariam na visão da autora sendo substitutos processuais ao ajuizarem a ação condenatória, pois agiriam em nome próprio no interesse das vítimas, uma vez que o direito objeto de tutela é individual e relativo ao lesado.

Em se tratando de direitos individuais homogêneos, há a peculiaridade segundo a qual a demanda coletiva proposta necessariamente deva ser genérica³⁴. Elabora-se um pedido de condenação genérico, e posteriormente teríamos a fase de liquidação. Segundo Ada³⁵ é no momento da liquidação que temos a habilitação das vítimas e sucessores, transformando a condenação genérica em indenizações relativas aos danos individualmente sofridos. Nessa etapa cada um dos liquidantes deve provar tanto a relação do dano sofrido com o globalmente julgado, como a quantificação da indenização pretendida.

Caso o próprio prejudicado e seus sucessores promovam a liquidação, teríamos a legitimidade ordinária por se tratar de processo individual de liquidação e execução. Mas segundo a autora, caso quem ajuíze a liquidação e execução seja um dos

³³ CDC Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

³⁴ Apesar de expressa menção pelo texto legal, parte da jurisprudência entende que na tutela de direito individual homogêneo a sentença nem sempre necessite ser genérica, relativizando o texto legal e formulando portanto uma sentença coletiva líquida. Há, inclusive, importantes precedentes nesse sentido, como por exemplo o julgado TJ-DF - AGI: 20130020121784 DF 0013013-46.2013.8.07.0000, Relator: CRUZ MACEDO, Data de Julgamento: 14/08/2013, 4ª Turma Cível.

³⁵ Código brasileiro de defesa do consumidor comentado/ pelos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, Jpsé Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Junior e Zelmo Denari. 4º Ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária; 1995. p.557

legitimados no art. 82 do CDC³⁶ se trataria de representação, pois se estaria agindo em nome dos beneficiados.

2.2 Direitos difusos

Os direitos difusos são aqueles que possuem um número indeterminado de sujeitos titulares, ao mesmo tempo em que o bem jurídico é indivisível. O número indeterminado de sujeitos significa dizer que uma violação a tais direitos implica na violação dos direitos de toda a coletividade, entendendo-se nesse sentido a própria sociedade. Isso decorre da abrangência do objeto tutelado, que por dizer respeito a todos torna impossível a identificação de apenas um setor afetado. Não se pode identificar apenas um titular ou um grupo de titulares de tais direitos por pertencentes a todos, exemplo disso está nos clássicos direito ao meio ambiente³⁷ e na proteção ao patrimônio público³⁸ que em regra são considerados direitos difusos.

Os direitos difusos além de considerados transindividuais por não terem um único titular, ainda teriam seu objeto indivisível. Conforme Gidi³⁹ ao citar Barbosa

³⁶ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,
II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

³⁷ CF Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

³⁸ CF Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

³⁹ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.27

Moreira⁴⁰ “[...] a indivisibilidade se caracteriza pela impossibilidade de sua divisão (mesmo ideal) em quotas atribuíveis individualmente a cada um dos interessados. Entre os interessados ‘instaura-se uma união tão firme, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade’.” Isso gera a necessidade de se julgar o caso em uma única ação, pois a procedência ou improcedência de uma ação afetaria a todos.

Entretanto a depender da projeção na qual se quer defender um direito inicialmente difuso, ele pode passar a ter projeções coletivas ou mesmo individuais⁴¹. O direito ao meio ambiente saudável e equilibrado é de titularidade de todos a princípio, se uma empresa apresentar poluição atmosférica isso não violaria apenas o direito dos habitantes da região, pois até mesmo um estrangeiro ao visitar a localidade seria afetado e poderia contrair patologia respiratória.

Nesse exemplo se trata de nítido direito difuso, não haveria um fracionamento do direito. Caso um grupo de trabalhadores de determinada atividade empresarial seja submetido a condições insalubres de trabalho sem que isso decorra de necessidade da atividade, poderiam eles em tese ajuizar uma ação coletiva na qual se tutele o direito ao meio ambiente do trabalho saudável. Se houver a poluição de determinada área e os habitantes locais contraírem patologias decorrentes disso, poderiam eles mover uma ação coletiva sobre direito individual homogêneo, buscando a reparação dano sofrido e das custas médicas decorrentes da enfermidade.

No campo mais específico de consumo, caso se dê início a uma ação que reconheça como nula determinada cláusula abusiva, tal decisão traria efeitos nos próximos contratos por adesão de determinada empresa e os beneficiados seriam os

⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A proteção jurídica dos interesses coletivos, A legitimação para a 'defesa dos interesses difusos' no direito brasileiro, Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, in Temas de Direito Processual, terceira série, cit. P.174, 184 e 195, respectivamente.

⁴¹ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p.67

futuros e indeterminados consumidores, logo, se trataria de tutela difusa. Se no lugar disso, for pedido na ação a anulação da cláusula a todos os atuais consumidores se trataria de tutela coletiva, e caso o pedido seja pelo pagamento de gastos decorrentes da cláusula abusiva, teríamos uma tutela a direito individual homogêneo.

Nos casos mencionados se tutelava o direito ao meio ambiente ou a anulação de uma cláusula abusiva, porém a depender do enfoque que se dá na tutela ela pode corresponder a direito difuso, coletivo, ou individual, podendo inclusive ocorrer aos três ao mesmo tempo em uma única ação. A diferença está no intuito no qual se pretende tutelar o direito, para que se saiba o âmbito de abrangência da tutela. Por isso direitos que classicamente são qualificados como difusos podem ter outra abrangência, a depender da projeção do objetivo da tutela.

2.3 Direitos coletivos

Os direitos coletivos em espécie⁴² se distinguem dos direitos difusos pela determinabilidade de seus titulares, pois o coletivo é pertencente a pessoas determinadas ou determináveis por terem uma situação jurídica base entre elas (podendo ser a lei, ou contratos, por exemplo) enquanto nos difusos não é possível que seus titulares sejam determinados. Essa relação jurídica-base, existente anteriormente à lesão ou ameaça de lesão ao direito, seria um dos aspectos mais relevantes do direito coletivo e facilita na distinção dele com os direitos difusos e individuais homogêneos.

⁴² Tais direitos são conceituados no art. 81, parágrafo único, inciso II do CDC segundo o qual: II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

Conforme mostra Kazuo Watanabe⁴³ tal relação-jurídica base nos direitos difusos é inexistente, o que aliado ao fator da indivisibilidade do direito pelo seu objeto leva à indeterminação dos sujeitos. Não haveria, por exemplo, um vínculo pré-estabelecido entre todos os prejudicados por um dano ambiental envolvendo direito difuso e de âmbito nacional.

Já em relação aos direitos individuais homogêneos, não há necessariamente a existência de tal relação pré-constituída, pois nesses direitos o fator crucial seria a origem comum que lhes deu causa. Seria a relação jurídica nascida a partir da lesão presente nos direitos individuais homogêneos que justificaria a propositura de uma demanda coletiva na defesa deles, em que cada prejudicado pode buscar a reparação individual e proporcional ao dano sofrido. Conforme o autor, é essa relação jurídica nascida da lesão que é individualizada em relação a cada um dos prejudicados, diferentemente dos direitos difusos ou coletivos que são de natureza indivisível.

Watanabe afirma ainda que a expressão “transindividuais de natureza indivisível” teria como um dos efeitos a impossibilidade de se reconhecer nesses interesses um feixe de direitos individuais agrupados, pois por ser o direito coletivo indivisível, não há como pensá-lo em um direito composto pela soma dos direitos individuais de cada membro do grupo ou classe. Essa unidade do direito coletivo é o que justifica a sua proteção jurisdicional de forma molecular, conforme o autor.

Ainda em relação à natureza indivisível do direito coletivo, Watanabe conclui afirmando que é ela que permite que indivíduos não pertencentes às associações autoras das ações coletivas se beneficiem do julgado. Assim o art. 103, II do CDC ao prever que a ação coletiva procedente fará coisa julgada ultra partes limitada ao grupo, categoria ou classe estaria permitindo que demais membros da categoria sejam

⁴³ Código brasileiro de defesa do consumidor comentado/ pelos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, Jpsé Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Junior e Zelmo Denari. 4º Ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária; 1995. p. 503-506.

beneficiados pelo julgado, ainda que não filiados à associação autora da ação de tutela de direito coletivo e que objetiva um tratamento comum a todos. Assim se determinada associação de pais e alunos ajuizar uma ação pedindo a alteração do critério utilizado por determinada escola na correção monetária de mensalidades atrasadas, todos os demais alunos daquela instituição ainda que não vinculados à associação seriam beneficiados.

Teríamos que “a necessidade de reconhecimento de maior extensão aos efeitos da sentença coletiva é consequência da indivisibilidade dos interesses tutelados (material ou processual [no caso específico dos direitos coletivos e difusos]) tornando impossível cindir os efeitos da decisão judicial, pois a lesão a um interessado implica a lesão a todos, e o proveito a um a todos beneficia. É a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi ‘parte’ no sentido processual, mas figura como titular dos interesses em conflito”⁴⁴.

3. As partes no processo

O processo jurisdicional foi criado como solução civilizatória para a solução de litígios e resolução de conflitos. Essencial, portanto, que aqueles diretamente afetados pela decisão do processo, sobre os quais recairá a decisão jurisdicional de fazer ou não fazer, de entregar determinado bem ou realizar pagamento por exemplo participem efetivamente do processo. Torna-se uma necessidade democrática a participação daqueles que discutem o determinado bem da vida ou o direito juridicamente protegido no procedimento que apresentará determinada decisão quanto ao litígio.

É ainda uma necessidade da tutela efetiva da jurisdição que aqueles envolvidos na causa participem do processo, pois via de regra os efeitos da sentença e a

⁴⁴ LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p.259.

coisa julgada apenas os afetará⁴⁵. O processo é o vínculo estabelecido pelas partes por meio do qual o juiz exerce sua Jurisdição, e apresenta ou não a tutela jurisdicional ao direito questionado. Quanto ao ingresso do sujeito no processo, a doutrina faz a distinção entre legitimidade *ad causam* e legitimidade *ad processum*.

A legitimidade *ad processum* diz respeito à legitimidade para ser parte em uma demanda judicial genérica⁴⁶, como demandante ou demandado no litígio. Para as pessoas naturais tal momento se inicia juntamente com a personalidade civil, no nascimento com vida, enquanto para as pessoas jurídicas isso se dá no registro⁴⁷. A legitimidade *ad causam* é uma das condições da ação, segundo a qual apenas quem detenha pertinência com a lide poderia propor a ação relacionada a ela⁴⁸. A legitimidade *ad causam* é a legitimidade para figurar como parte de determinada causa, pela pertinência que detém com o direito material.

Para que haja efetividade na tutela jurisdicional, o processo deve apenas envolver as partes legítimas, ou seja, aqueles que possuem certo grau de pertinência com o direito material ou quem a lei atribui legitimidade para discutir o direito em juízo. A Legitimidade *ad causam* apresentada como uma das condições de admissibilidade da ação⁴⁹ impõe que caso as partes processuais não sejam legítimas, o juiz deva extinguir o processo sem julgar o mérito.

⁴⁵ CPC Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

⁴⁶ CPC Art 7º: Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

⁴⁷ Há exceções previstas legalmente, como a possibilidade do nascituro, o condomínio e entes despersonalizados figurarem como partes de uma demanda judicial.

⁴⁸ CPC Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

⁴⁹ As condições da ação são os elementos necessários para que a causa seja apreciada e julgada em seu mérito, atribuindo uma resolução à questão posta. Se determinado consumidor ajuíza uma ação pedindo a nulidade de determinada cláusula contratual abusiva é necessário que a empresa contratante figure no pólo passivo da demanda. O réu deve ser citado para comparecer em juízo e se defender na demanda, caso o autor proponha a ação contra alguém que não deve ser parte no processo o processo em si fica prejudicado, e o juiz o deve extinguir sem julgar a questão. Estaria nesse caso o consumidor autorizado a

Não basta haver a legitimidade *ad processum*, é necessário que se tenha a legitimidade *ad causam* para que a lide seja julgada em seu mérito. Se um casal estabelece matrimônio não poderia um terceiro estranho à relação e sem qualquer pertinência com ela ajuizar uma ação de divórcio, pois apesar de possuir legitimidade para figurar como parte *lato sensu* ele não é parte legítima para essa demanda específica. A distinção é importante do ponto de vista pragmático pois a propositura de ações em que uma das partes não possuam a legitimidade *ad causam*, seja para figurar no pólo ativo, seja no passivo, gera a extinção do processo sem o julgamento do mérito⁵⁰.

As partes no processo são os sujeitos que vêm a juízo com o intuito de obter tutela jurisdicional de direito próprio ou de outrem⁵¹. Serão elas as destinatárias da decisão judicial, podendo o julgado ser a favor ou contrário às pretensões trazidas em juízo por elas. Sendo assim temos a Legitimação Ordinária, quando a parte vem em juízo buscando tutela a direito próprio, e a Legitimação Extraordinária, quando vem ao processo como parte alguém legitimado pela lei para tutelar direito de outro indivíduo.

3.1 Legitimidade ordinária, representação e substituição

Na Legitimidade ordinária a parte vem ao processo pleiteando tutela jurisdicional para si própria, é a forma mais comum de ingresso no processo. É o caso mostrado em que aquele diretamente afetado pelo processo irá discutir em juízo sobre o

propor a mesma demanda, desde que ajuizada contra a empresa com a qual firmou o contrato pois ela seria a parte legítima nesse exemplo.

⁵⁰ CPC Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

⁵¹ O Ministério Público tutela direito alheio no caso de litisconsorte necessário envolvendo incapazes por exemplo.

direito em questão. Há ainda duas formas de ingresso no processo que merecem destaque.

Na representação os interesses de um sujeito são defendidos por outro, mas com a peculiaridade que o representante não configura parte, é o representado quem é a parte do processo. Podemos ter a figura da representação legal, e a representação voluntária. Na primeira falta capacidade processual da parte pois ela é incapaz em caráter absoluto ou relativo, ou é o caso por exemplo em que uma determinada pessoa jurídica enquanto abstrata precisa de um agente para a representar em juízo. Na representação voluntária a parte estabelece um negócio jurídico segundo o qual está autorizado que outro atue em seu nome em uma demanda judicial. A primeira é obrigatória por dizer respeito à capacidade processual da parte⁵², enquanto a segunda decorre de um acordo bilateral de vontades.

A substituição processual opera de forma diferente da mera representação. Na substituição, também conhecida como legitimação extraordinária, a lei confere o legítimo interesse para que um sujeito ingresse com demanda judicial em favor de direito alheio. O substituto processual é parte do processo pois age em nome próprio, porém o objeto da demanda é um direito alheio a ele. Apesar de parte, há uma limitação aos poderes do substituto processual decorrentes da sua própria natureza. Alguns atos não podem ser praticados pelo substituto processual pois o titular do direito material é o substituído, logo atos como os de disposição de direitos somente poderiam ser praticados pelo próprio titular do direito ou pela outorga de poderes especiais para a prática de tais atos. Conforme Chiovenda⁵³:

“De resto, dizer que o substituto processual é parte não implica dizer que ele possa realizar todas as atividades de parte. Pode haver atividades de parte a que a lei

⁵² OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Substituição Processual*. 1971. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. p.92

⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol: II, Campinas, Bookseller, 1998, p.303

somente atribua importância desde que emanem daquele que é titular da relação substancial (juramento, confissão, renúncia aos atos, renúncia à ação, reconhecimento da ação), ou daquele que é representante ou órgão do titular. Semelhantes atividades não as poderia exercer o substituto; a atividade dele é, pois, circunscrita por sua própria condição.”

Tal entendimento pode ainda ser retirado de uma leitura lógica e sistemática do ordenamento jurídico, com base no art. 38 do CPC⁵⁴. Se na representação processual há a necessidade de outorga de poderes especiais para a prática de atos de disposição, com maior razão deve tal outorga ser concedida nos casos de substituição processual. Tal posicionamento tem grande importância prática, pois não raro o substituído processual sequer possui conhecimento do ajuizamento da ação envolvendo seu direito. Tal limitação se encontra presente nas ações individuais de substituição processual, e também nas ações coletivas em que tal instituto se encontre presente⁵⁵.

⁵⁴ Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

⁵⁵ Como exemplos pode-se citar os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PELO SINDICATO. REGIME DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE.

1. Versando a ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos, nada impede venha o sindicato substituir seus filiados na fase cognitiva da demanda. Para a execução do julgado, porém, os titulares do direito devem ser plenamente identificáveis e certos, e, diferentemente do que acontece na ação de conhecimento, o objeto encontra-se perfeitamente divisível. Causa uma certa apreensão permitir o pagamento do numerário a quem, em princípio, não detém poderes expressos para receber e dar quitação em nome dos servidores, não prescindindo o caso da juntada de instrumento de mandato outorgado pelos sindicalizados, constando os mencionados poderes especiais. Assim, o sindicato pode promover a execução de sentença coletiva na condição de representante, mas não na qualidade de substituto processual.[...]” (TRF-4ª Região. Agravo de instrumento no 2008.04.00.013812-4/RS.Relator: Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK. D.E. 06/08/2008)

“PROCESSUAL CIVIL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. JUNTADA DE FICHAS FINANCEIRAS.

1. Ainda que o sindicato detenha legitimidade ativa em ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos, na execução de sentença os titulares do direito devem ser plenamente identificáveis e certos, e, diferentemente do que acontece na ação de conhecimento, o objeto encontra-se perfeitamente divisível. Cabe somente aos titulares exercer com exclusividade o poder de disposição sobre os eventuais valores que tenham direito, não se prescindindo a juntada de instrumento de mandato outorgado pelos sindicalizados, constando expressamente os poderes especiais para receber e dar quitação. [...]” (TRF4,

3.2 A *Class Action*

A *Class Action* é o modelo adotado por alguns países do *Common Law*, tais como Estados Unidos e Canadá, para tratar sobre as ações coletivas. Nos Estados Unidos a ação coletiva era proposta e cada membro do grupo seria notificado do curso da ação, para que o indivíduo fosse representado no processo coletivo, ele deveria consentir expressamente e por escrito, segundo o seu *right to opt in*. Caso não o fizesse ele não seria afetado pela decisão proferida na ação coletiva, seja benéfica ou contra seu interesse. Com a mudança legislativa de 1966 ao alterar radicalmente a *Rule 23* os EUA tornaram o *right to opt out* o modelo padrão dentro da *class action*.

Segundo tal modelo ao ser proposta uma ação coletiva ,todos os membros do grupo ou da classe seriam notificados, e a menos que expressamente se manifestem de forma contrária eles iriam integrar o polo ativo da demanda e se submeter aos efeitos da decisão de procedência ou improcedência do pedido. Com tal mudança se parte do pressuposto que os membros de um grupo prejudicado teriam interesse em participar de determinada demanda coletiva relativa ao prejuízo sofrido, e com isso há o pleno aproveitamento da demanda coletiva pois a decisão vincularia um numero maior de indivíduos.

Conforme Gidi⁵⁶ há determinados requisitos para que a *class action* seja aceita em juízo. Em primeiro lugar deve haver um grupo ou classe bem determinado, de modo que se possa verificar se um indivíduo ao ingressar no processo está incluso no grupo ou não. Precisaria ainda que o autor da ação componha o grupo, e que esteja defendendo interesse seu e dos demais representados na ação coletiva. Há o requisito da

AG 2004.04.01.003888-1, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Wellington Mendes de Almeida, DJ 09/02/2005)

⁵⁶ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendencia em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.227-244.

numerosidade do grupo, a classe deve ter uma quantia tal de membros⁵⁷ que tornaria inadequado o ajuizamento de diversas demandas individuais. Deve ainda a ação versar sobre questões de fato ou de direito em comum, de forma que se agregue os membros da categoria em um pedido uniforme e com a utilização de defesas similares.

O último requisito é de essencial importância, sintetizado na expressão *adequacy representation*. Há um controle sobre a representação adequada do autor da ação em relação à ação coletiva, a corte verifica se o legitimado está defendendo de forma satisfatória os direitos postos em juízo, produzindo provas cabíveis, utilizando razoáveis teses a seu favor e tomando as medidas necessárias no processo por exemplo. Trata-se de uma verificação ampla, que tem por objetivo evitar a propositura fraudulenta ou de forma insuficiente de *class actions*, que teriam por efeito prejudicar a categoria caso nenhum controle fosse estabelecido.

Tal verificação é essencial pois caso não bem representado, pode um integrante do grupo ao provar em ação individual tal omissão, impugnar a decisão da ação coletiva e evitar que a coisa julgada incida sobre si. A representação adequada que justifica a vinculação da coisa julgada da ação coletiva aos indivíduos do coletivo é aquela na qual o representante atua no processo da mesma maneira que os indivíduos prejudicados fariam caso tivessem proposto uma ação individual. Com relação a isso, “todo aquele que for ‘adequadamente representado’ em juízo é atingido pela autoridade da coisa julgada, seja a sentença de procedência ou não (*whether favorable or not*)”.⁵⁸ Caso demonstrado que o representante da categoria não está exercendo seu papel de forma satisfatória, ele pode ser substituído por outro membro do grupo, de modo que a coletividade não seja prejudicada.

⁵⁷ Como apresenta o autor o número exigido de membros do grupo ou categoria é verificado caso a caso, diferentes Estados da Federação dos EUA apresentam critérios quantitativos diferentes.

⁵⁸ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendencia em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 61-62.

O Brasil não adota, ao menos de forma explícita, tal controle sobre o legitimado a propor ação coletiva. Enquanto nos EUA tenta-se controlar o ingresso em juízo dos legitimados para propor ação sobre o direito coletivo, uma vez que pelo sistema do *opt out*, presume-se que a maioria da classe será afetada pela decisão. Nosso sistema aborda uma solução diversa para a questão de demandas fraudulentas. Escolheu-se modelar os sujeitos afetados pela coisa julgada coletiva, a depender do mérito da decisão.

3.3 A lógica diferenciada nos processos coletivos : a extensão dos efeitos a quem não foi parte

Há diferentes posicionamentos na doutrina brasileira sobre qual o modelo de legitimação seria o cabível nas ações coletivas. Há quem entenda se tratar de legitimação autônoma⁵⁹, pois seria legitimado para propor a ação aqueles sujeitos previstos legalmente. Isso implica dizer que aquele que propõe a ação não precisaria de uma procuração (como ocorre no instituto da representação) para atuar, e não precisaria indicar quais serão os beneficiados da atuação como se dá na substituição processual. Para Teori Albino Zavascki⁶⁰ haveria um duplo regime, pois na primeira etapa da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos teríamos uma substituição processual, uma vez que quem requer a tutela não seria o titular do direito e agiria em favor de quem o é, enquanto na fase de cumprimento teríamos a legitimação ativa pois o titular do direito postularia em nome próprio o cumprimento a seu favor da sentença genérica. Quanto à tutela de direitos difusos, Zavascki afirma se tratar de legitimidade ativa atribuída ao

⁵⁹ ELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de processo civil anotado*, p. 1.866, 5.ª ed. São Paulo: RT, 2001

⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito)-Programa de pós-graduação em direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. 2005.

Ministério Público em razão de seu caráter institucional na defesa de direitos coletivos e difusos⁶¹.

Há posicionamentos mais radicais, segundo os quais o instituto da substituição processual não seria compatível com demandas coletivas envolvendo direitos difusos, pois nessas o direito seria transindividual e pertencente a toda a coletividade. O autor da ação envolvendo direitos difusos defenderia direito alheio e direito próprio na demanda, uma vez que relacionado a todos, motivo pelo qual não se deveria falar em substituição processual ou representação pois o direito evocado teria pertinência com o autor da ação e com outros indivíduos. A própria legitimação ordinária fica em certa medida comprometida, pois o direito difuso não seria

⁶¹ “Entre as mais proeminentes funções institucionais atribuídas pela Constituição Federal ao Ministério Público está a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III), função reafirmada na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, de 12/02/93, art. 25, IV) e no Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar 75, de 20/05/93, art. 6º, VII). A legitimação específica para o exercício, em juízo, dessa função institucional consta também nas leis especiais que estabelecem normas processuais para as várias “ações civis públicas”, como é o caso da Lei 7.347, de 24/07/85 (disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), da Lei 7.853, de 24/10/89 (dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiências, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes), a Lei 7.913, de 07/12/89 (dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários), da Lei 8.078, de 11/09/90, o chamado “Código de Proteção e Defesa do Consumidor” (dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências) e da Lei 8.429, de 02/06/92 (dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito no exercício da função). Quando a ação civil pública tem por objeto a tutela de direitos e interesses transindividuais (difusos e coletivos), a legitimação atribuída ao Ministério Público, pela Constituição (art. 129, III), deve ser entendida no sentido irrestrito e mais amplo possível, em limites suficientes e necessários para a obtenção da tutela jurisdicional completa e compatível com a natureza e a magnitude da lesão ou da ameaça aos bens e valores tutelados. Inclui, portanto, legitimação para buscar tutela cognitiva, preventiva e reparatória, declaratória, constitutiva ou condenatória. Inclui também poderes para pleitear medidas de tutela provisória, de antecipação de tutela e cautelar. Estende-se a legitimação para as medidas de cumprimento das liminares e das sentenças, inclusive, quando for o caso, para a propositura da ação autônoma de execução. Convém observar que os direitos sujeitos à irrestrita tutela pelo Ministério Público, são apenas os direitos difusos e coletivos, ou seja, os subjetivamente transindividuais (= sem titular determinado) e materialmente indivisíveis, que não se confundem, portanto, com os direitos individuais homogêneos. Estes, conforme se enfatizou em capítulo próprio, não são direitos transindividuais mas, simplesmente, direitos subjetivos individuais, os mesmos “direitos comuns ou afins” de que trata o art. 46 do CPC, nomeadamente em seus incisos II e IV. A sua natureza coletiva” tem um sentido meramente instrumental, para fins de defesa conjunta em juízo, viabilizada pelas características comuns (= homogeneidade) do conjunto desses direitos individuais.” ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito)-Programa de pós-graduação em direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. 2005 p.121

exclusivamente próprio da parte autora. Deixa-se por aqui eventual discussão acadêmica acerca do assunto, uma vez que ainda não pacificada.

Importante ressaltar que em se tratando de direitos coletivos, há diversos objetivos a serem fomentados⁶² e que são inviáveis através da lógica do processo individual. Para tal basta pensar em quem seriam os sujeitos afetados pela sentença jurisdicional coletiva. Conforme a lógica clássica do processo individual, apenas as partes envolvidas no processo podem sofrer os efeitos da demanda judicial, o que significa dizer que uma demanda envolvendo direito coletivo exigiria a participação de todos os envolvidos no pólo ativo através de um litisconsorte necessário. Tal exigência tornaria completamente inviável a tutela coletiva de direitos coletivos ou individuais homogêneos por decorrência do grande número de interessados, e impossível a tutela de direitos difusos enquanto relacionados a toda a sociedade.

Para solucionar tal dilema processual, o legislador brasileiro adotou outro paradigma para tratar as ações coletivas, prevendo a legitimidade para determinados sujeitos de direito proporem a ação e a extensão dos efeitos do julgado para quem não se encontrava como parte no processo. A extensão da coisa julgada ocorre quando preenchidos requisitos específicos, relacionados à coisa julgada *secundum eventum probationis* e coisa julgada *secundum eventum litis*, sendo as hipóteses devidamente apresentadas no capítulo sobre a coisa julgada.

O Brasil se distancia do modelo das *class actions* estado-unidenses pois nelas há a apresentação de todos os futuros afetados pela decisão, seja pelo modelo de ingresso *opt in* ou *opt out*. Enquanto esse país delimita anteriormente aqueles que serão atingidos pela resolução da questão e estabelece controles em relação à representação da categoria em juízo, o Brasil optou por abrir o hall de legitimados para a propositura da

⁶² Como citado anteriormente pode-se mencionar a efetivação do direito pretendido, economia processual, isonomia entre julgados, acesso à justiça e credibilidade social no Poder Judiciário.

ação coletiva⁶³, conferimos os efeitos da decisão a quem se encontra na mesma situação⁶⁴, e para evitar a propositura fraudulenta de demandas coletivas, confere tratamento diverso à coisa julgada⁶⁵. Conforme aponta Ada P. Grinover⁶⁶ seria da própria índole das ações coletivas a extensão do julgado *ultra partes* ou *erga omnes*, pois de forma contrária haveria a necessidade de propositura em nosso sistema de ações semelhantes de mesma causa de pedir e pedido. Isso geraria todos os conflitos inerentes do uso do processo individual para tratar de tutela coletiva, como multiplicidade de ações, excesso de trabalho repetitivo ao Judiciário, e alta possibilidade de decisões antagônicas. Como não delimitamos no início da ação todos os indivíduos que serão afetados pela decisão, escolhemos estender os efeitos do julgado para inclusive quem não configurou como parte do processo, para conferir a efetividade da tutela coletiva. Se após o trânsito em julgado da sentença coletiva fosse necessário que qualquer

⁶³ CDC Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

O critério estabelecido no inciso IV já seria por si bastante amplo pois permitiria que associações relativamente novas sejam legítimas para propor ações coletivas, o parágrafo primeiro amplia ainda mais a hipótese ao retirar a exigência de pré-constituição pelo prazo de um ano em certos casos e permitindo em tese que entidades criadas possam imediatamente já propor ações coletivas na tutela de determinados direitos em risco de violação ou já violados.

⁶⁴ É apresentado no tópico 6.1 desse trabalho em que situações há produção da coisa julgada coletiva para quem não esteve presente no processo como parte, estendendo portanto os efeitos da coisa julgada.

⁶⁵ A extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* apenas ocorre quando procedente aos vitimados no direito individual homogêneo, e a coisa julgada *secundum eventum probationis* permite a repropositura da ação com base em novas evidências. Tal tratamento à coisa julgada coletiva serve para compensar a falta de controle da devida representação pois mesmo que se proponha uma ação improcedente no mérito que teve o intuito de prejudicar determinada categoria ou mesmo toda a coletividade, o pedido pode ser revisto em outra ação caso cumpridos certos pressupostos. Esse tratamento diferenciado do instituto da coisa julgada em ações coletivas apenas faz sentido com o tratamento também transformado dos outros institutos como o da legitimação ativa, formando uma lógica própria ao sistema ao dar a cada um de seus institutos peculiaridades que lhe são próprias.

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1991 p.294.

interessado discutisse novamente o litígio em outro processo para obter tutela a seu direito, a ação coletiva de nada adiantaria⁶⁷.

A extensão do julgado para quem não participou do processo ocorre sob determinadas hipóteses, como por exemplo, na procedência do pedido em ações versando sobre direitos individuais homogêneos. O cabimento da coisa julgada a outros indivíduos, apenas em determinadas hipóteses reforça a idéia de que nas ações coletivas não teríamos uma representação ou substituição, uma vez que nas duas hipóteses a coisa julgada afetaria sempre o representado e o substituído, mas sim uma lógica própria e diferente daquela presente no processo individual clássico.

4. Conflitos entre processos e execução de demandas coletivas

O CDC⁶⁸ abrange um grande número de legitimados para a configuração do pólo ativo em uma demanda coletiva, envolvendo entre eles entidades públicas e privadas na defesa dos direitos coletivos. Como mostra Kazuo Watanabe⁶⁹:

⁶⁷ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendencia em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.61

⁶⁸ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

⁶⁹ Código brasileiro de defesa do consumidor comentado/ pelos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, Jpsé Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Junior e Zelmo Denari. 4º Ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária; 1995. p.492.

“A ampliação foi ao ponto de permitir que as entidades e órgãos da administração pública direta e indireta, mesmo sem personalidade jurídica, possam ter acesso à Justiça desde que especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código (art. 82, n° III). As associações passaram a ter legitimação *ad causam* pela só autorização estatutária decorrente da enunciação de seus fins institucionais(art. 82, N IV).”

Além disso, como prevê a hipótese do §1º do art.82 do CDC, pode uma associação ser constituída e já apresentar uma demanda coletiva, em se tratando de relevante interesse social na defesa do direito elencado. Essa facilidade e até mesmo incentivo para a propositura de demandas coletivas desobstrui o acesso à Justiça uma vez que reduz empecilhos formais para a propositura da demanda, mas pode ser a causa de outras questões igualmente relevantes.

Uma vez que está presente a possibilidade, podemos ter simultaneamente várias ações sendo propostas por legitimados diversos e versando sobre o mesmo direito coletivo. As ações coletivas buscam dar uma solução equânime para todos os envolvidos, não haveria sentido em se permitir que diversas ações coletivas versando sobre o mesmo objeto fossem simultaneamente julgadas por juízos diferentes, pois isso permitiria conflitos entre decisões e esse é um dos resultados que esse tipo de ação visa a impedir. Para tal situação torna-se essencial o estabelecimento de um critério para a escolha da ação a ser julgada, mas isso leva à complicação sobre qual critério escolher.

Caso se priorize a ação proposta antes ou aquela na qual já houve o juiz prevento, isso legitimaria a propositura de ações claramente fraudulentas, que objetivem a perda da demanda discutindo o direito coletivo? Nesse caso a ação fraudulenta seria um obstáculo para a propositura pelos outros legitimados? Caso o critério seja a existência ou não de representatividade adequada do legitimado para propor a ação, isso alargaria a questão pois traria dois novos debates: quem faria o controle da representatividade adequada (o próprio juiz da causa, o tribunal, outro órgão, etc) e

como se estabeleceria o controle sobre tal decisão. A solução abordada pelo sistema brasileiro e doutrina para tratar da litispendência, conexão e continência em demandas coletivas será apresentada no próximo tópico, mas vale ressaltar que ela configura uma escolha política e está sujeita a essas e a outras críticas.

4.1 Litispendência, conexão e continência entre demandas coletivas

Conforme apresentado por Cândido Dinamarco⁷⁰:

“O estado de pendência do processo chama-se *litispendência* (do latim *litis-pendentia*). Como entre os efeitos da existência do processo pendente está o de impedir a instauração válida e eficaz de outro processo para o julgamento de demanda idêntica (mesmas partes, mesma causa de pedir, mesmo pedido: CPC, art.301, inc. V e §§ 1º a 3º), tem-se a ilusão de que *litispendência* seja esse impedimento – i.é, o impedimento de um outro processo válido, com a mesma demanda. Na verdade, litispendência é o estado do processo que pende, não esse seu *efeito*.”

“Nexo é vínculo, ligação. *Conexo* significa interligado. Conexidade, ou *conexão de causas*, é a relação de semelhança entre duas ou várias demandas que tenham um ou mais elementos constitutivos em comum, sem terem todos (nessa hipótese as demandas não seriam conexas, mas *iguais*: CPC, art. 103 e art. 301, §2º). [...].

[...] Na definição do art. 103 do Código de Processo Civil, duas demandas são conexas *quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir*. Há nessa definição nítida remissão aos três *eadem*, que tradicionalmente servem de apoio para a identificação e comparação entre demandas (mesmas partes, mesma causa de pedir, mesmo pedido). Ocorre conexidade quando duas ou várias demandas tiverem por objeto o mesmo bem

⁷⁰ DINAMARCO, Candido R. (Candido Rangel). *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 49, 148-150, e 153-154, respectivamente.

da vida ou forem fundadas no mesmo contexto de fatos.

A coincidência entre os elementos objetivos das demandas, para determinar a *conexidade juridicamente relevante*, deve ser coincidência quanto aos *elementos concretos* da causa de pedir ou quanto aos elementos concretos do pedido. A coincidência de elementos abstratos conduz à mera *afinidade* entre as demandas, que não chega a ser *conexidade* e não tem os mesmos efeitos desta. Há conexidade pelo *petitum* quando o bem da vida pleiteado é concretamente o mesmo – como se dá quando dois ou mais sujeitos postulam a posse ou domínio do mesmo imóvel ou quando ambos os cônjuges pedem a separação judicial (postulam a dissolução da mesma sociedade conjugal). Não há conexidade só pela identidade de natureza do bem da vida (móvel, imóvel) ou pela coincidência na natureza do provimento jurisdicional postulado (sentença condenatória, execução forçada etc.). Do mesmo modo, duas demandas são conexas pela *causa de pedir* quando os *fatos narrados* são os mesmos, ainda que só parcialmente coincidam. A mera coincidência dos *fundamentos jurídicos* não é todavia suficiente para fazer com que duas causas sejam conexas (p. ex., milhares de funcionários públicos em litígio com o Estado por um certo recálculo de vencimentos ou uma multidão de consumidores pleiteando indenização pelo defeito de dado produto).”

“Há relação de continência entre duas demandas quando uma delas, por conter um pedido mais extenso ou fundar-se em razões mais amplas, *contém* em si a outra. Daí, *continência*. Relação de continência é relação de continente a conteúdo. São levados em conta, para aferir a relação de continência, os elementos concretos da demanda, quer objetivos ou subjetivos.

Uma demanda envolve a outra em uma relação de continência (a) quando traz um *petitum* relativo a dois ou mais bens ou a um bem de maior extensão e a segunda, a um bem só ou a uma parcela do todo (uma fazenda inteira ou somente um pasto); b) quando nela o autor formula pedido de *condenação* a pagar e, na segunda, há pedido de mera declaração da existência do direito; c) quando uma se funda em dois ou mais contextos de fatos e a outra, num só; d) quando uma envolve uma pluralidade de

sujeitos e a outra, um só sujeito ou uma pluralidade menos extensa (ação coletiva por interesses individuais homogêneos e ação individual relativa ao mesmo dano) etc.”

Apresentados os institutos, resta saber como são disciplinados ao versarem sobre direitos coletivos no direito do consumidor. Conforme Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau e Bruno José Silva Nunes⁷¹ pela leitura do art. 2º e seu parágrafo único da LACP⁷² o nosso ordenamento prevê o reconhecimento da continência e conexão entre demandas coletivas, hipótese na qual o juiz prevento deve julgá-las. Como a competência para julgar demandas coletivas seria funcional do local do dano, para os autores, as hipóteses de continência e conexão permitiriam a reunião de ações com identidade parcial e a modificação da competência absoluta do juízo. Ressaltam ainda que a modificação de competência absoluta é um fenômeno impossível dentro do processo civil tradicional.

Com relação à litispendência, Gidi⁷³ mostra que em demandas coletivas na defesa de um mesmo direito material propostas por diferentes legitimados, mesmo em se tratando de legitimados empiricamente diversos teríamos uma identidade de partes. Para o autor a litispendência entre as demandas coletivas ocorreria sempre que se tutele o mesmo direito, assim ações propostas com base no CDC, LACP, LAP, mandado de segurança coletivo ou outro modelo de ação coletiva em que se consta identidade de causa de pedir e pedido teríamos litispendência, pois a ação seria a mesma porém fundamentada com base em leis diferentes. Não haveria para o autor relação de litispendência ou de continência entre ação coletiva versando sobre direito difuso e ação

⁷¹ Artigo na íntegra nos anexos do presente trabalho.

⁷² LACP Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

⁷³ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 219-226.

coletiva sobre direito individual homogêneo⁷⁴, mesmo em uma sendo improcedente se poderia propor e ter procedência na outra.

Com relação à litispendência entre duas demandas coletivas, o autor aborda duas diferentes hipóteses de solução. Na primeira, por força do art.93, II do CDC se aplicaria o CPC sobre a matéria, o que implicaria na extinção do segundo processo naquilo que coincidir com o primeiro, prosseguindo o feito no juízo prevento. A parte autora do processo extinto apenas teria a possibilidade de intervir na outra demanda como assistente litisconsorcial por ter interesse jurídico na causa. A melhor solução seria entretanto a segunda, pois nela a demanda seria proposta no Distrito Federal por um dos legitimados previstos no art. 82 do CDC, independentemente da demanda ter âmbito nacional. Segundo o autor, após a abertura e antes da abertura do prazo para a contestação a ação deveria ter publicidade nacional para que nela pudessem intervir outros entes legitimados, podendo agregar pedidos e o objeto do processo e participando efetivamente como partes na demanda.

4.2 Conflito entre demandas coletivas e individuais

Gidi⁷⁵ ao tratar do tema aborda duas hipóteses: a primeira envolvendo ações coletivas para a defesa de direitos superindividuais e as correspondentes ações individuais, e a outra em havendo ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos e as correspondentes ações individuais.

⁷⁴ O autor não nega a relação entre elas, pois como exemplificado por ele com base no Art.103 §3º do CDC uma ação coletiva sobre direito difuso pedindo a retirada de uma publicidade enganosa em caso de procedência torna desnecessária a propositura de demanda coletiva na defesa dos direitos individuais homogêneos dos consumidores prejudicados, uma vez que para esses ocorre a extensão da coisa julgada *in utilibus*. Não haveria por conta dessa particularidade um reconhecimento de que o pedido de tutela individual homogêneo estaria contido dentro do pedido de tutela de direito difuso, pois não só eles versam sobre direitos diferentes como há expressa menção no §1º do art. 103 do CDC de que a improcedência de demanda coletiva ou difusa não afetaria a propositura de uma demanda coletiva tutelando direito individual de causa comum.

⁷⁵ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.187-218.

Na primeira situação o consumidor estaria livre para ajuizar uma ação, mesmo na pendência da correlata ação coletiva. A ação coletiva em defesa de direitos difusos ou coletivos possui causa de pedir, pedido e hall de legitimados para a propor diferentes dos presentes na ação individual logo não haveria litispendência. Conforme previsto no art. 104 do CDC⁷⁶ a propositura da ação coletiva não impediria o ajuizamento da ação individual, não teria o indivíduo o dever de aguardar o julgamento da ação coletiva pois poderia ele mesmo ajuizar uma ação sobre seu direito individual.

Poderia o consumidor pedir a suspensão de sua ação individual enquanto aguarda o julgamento da demanda coletiva. Caso a demanda coletiva seja procedente, ele seria beneficiado com a eventual extensão *in utilibus* da coisa julgada dessa decisão se tiver pedido a suspensão de sua ação individual. Nesse caso, se a ação individual pede A, ela é suspensa, e é procedente a demanda coletiva pedindo A+B, o consumidor receberia A+B pois o pedido vinculante é o da ação coletiva julgada procedente. Caso não suspenda sua ação individual e tenha seu pedido julgado improcedente, o autor da ação individual não seria afetado pela extensão da coisa julgada da demanda coletiva mesmo no caso de procedência dessa, por já ter uma decisão de mérito o envolvendo (nesse caso desfavorável). Caso o consumidor suspenda sua ação individual enquanto aguarda a ação coletiva ser julgada e a demanda coletiva é julgada improcedente, isso não afeta sua ação individual e pode o autor dar prosseguimento ao processo (conforme o art. 103 §1º do CDC).

Vale lembrar que conforme a leitura dos artigos 21 e 22 da lei do Mandado de Segurança (lei 12.016/2009) não é permitida a suspensão da ação individual em relação à ação coletiva em se tratando de Mandado de Segurança. Nesse caso específico, o autor do MS individual ao perceber a existência de um MS coletivo ou

⁷⁶ CDC Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

desiste do seu Mandado de Segurança, ou lhe dá prosseguimento sem poder suspendê-lo.

Em relação à segunda hipótese o art. 104 do CDC não seria claro o suficiente, o que teria levado a doutrina a apresentar soluções quanto ao assunto. Conforme apresentado por Gidi⁷⁷ parte relevante da doutrina⁷⁸ defenderia uma relação de continência entre a ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos e a correspondente ação individual. Como haveria prejudicialidade entre as ações, seria aplicável o art. 265, IV, a, do CPC gerando a compulsória suspensão das ações individuais. Tal suspensão teria o prazo máximo de um ano conforme o §5º do mesmo artigo, e decorrido o prazo as ações individuais compulsoriamente retornariam seu curso. Gidi estabelece diversas críticas a esse posicionamento. Para o autor a premissa de continência entre as demandas estaria equivocada, pois não apenas elas teriam partes e pedidos diversos como a própria estrutura diversa entre o processo individual e o processo coletivo não permitiria tal comparação. Como prova da ausência de continência, o autor exemplifica a improcedência da ação coletiva não afetando a propositura da demanda individual. Se fossemos aceitar a existência da continência, ela seria *secundum eventum litis* pois somente se procedente a ação coletiva ela iria afetar a demanda individual. Ainda não haveria prejudicialidade pois o autor pode escolher propor sua demanda individual independentemente do trâmite da demanda coletiva, e não suspender sua ação no aguardo do julgado da ação coletiva. Conclui afirmando que o posicionamento criticado apenas retardaria o acesso do consumidor à Justiça por conta dessa suspensão compulsória da ação individual, indo contra a função da ação coletiva enquanto facilitadora da defesa dos direitos do consumidor em juízo⁷⁹.

⁷⁷ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.208-218.

⁷⁸ Entre eles o autor cita Luiz Guilherme Marinoni, Eduardo Gabriel Saad e Ada P. Grinover, sendo que essa última teria revisto posteriormente seu posicionamento.

⁷⁹ CDC Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no

Para Gidi a melhor solução seria aplicar o art. 104 do CDC a todas as demandas coletivas, tratando portanto da defesa de direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos. Assim o autor de demanda individual poderia suspender sua ação para ser beneficiado da demanda coletiva em caso de procedência, e seriam aplicáveis as outras hipóteses previstas já abordadas.

4.3 A execução da demanda e o fundo coletivo

A Lei da Ação Civil Pública previu⁸⁰ a criação do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos⁸¹, que será abastecido com verbas provenientes de multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁸² e pela Secretaria de Direito

processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

⁸⁰ LACP Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

⁸¹ O fundo é regulamentado pelo decreto 1306/94, e segundo o qual:
Art. 1º O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

⁸² O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011.

O CADE tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. Esta entidade exerce três funções:

- Preventiva
- Analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência.
- Repressiva
- Investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência.
- Educacional ou pedagógica

Instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência;

Econômico⁸³, além das condenações judiciais relacionadas aos direitos difusos e coletivos tuteláveis pela LACP. Os fundos previstos na LACP e no CDC são compostos da indenização pecuniária destinada a reparar o dano ocorrido, bem como pelos valores das multas. Destaca-se que a indenização pecuniária é apenas cabível quando não for possível a reparação específica do dano causado, conforme expressamente previsto na lei⁸⁴.

O CDC foi inovador na utilização do fundo, pois previu a possibilidade da utilização dele para direitos individuais homogêneos⁸⁵. A sentença genérica prevista para os direitos coletivos homogêneos permite que cada prejudicado venha a juízo pedindo a execução individual do dano sofrido, mas caso a totalidade do valor não seja revertido em indenizações individuais pode o restante no prazo de um ano ser convertido em verbas para o fundo. Isso faz com que o valor a ser pago pelo infrator seja o mesmo, pois mesmo que poucos afetados entrem em juízo pedindo a liquidação e execução do valor decorrente do dano causado, pode a quantia restante ser convertida ao

incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas. Conceito extraído do site <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?bd7ebe41cf4ece6bf9> acessado em 6/11/2013.

⁸³ A SDE é o órgão responsável por instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica (fusões, aquisições, etc.), bem como investigar infrações à ordem econômica.

⁸⁴ CDC Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

⁸⁵ CDC Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985, ficará suspensa enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

fundo o que implica no pagamento total equitativo a se todos os afetados tivessem executado individualmente a sentença genérica.

O *fluid recovery*⁸⁶ é uma solução encontrada nas *class actions* do direito estado-unidense para resolver questões próprias decorrentes das ações coletivas. É aplicado quando há um obstáculo absoluto ou prático na reparação de cada um dos envolvidos, como em ações nas quais o dano é de pequeno valor individualmente e por isso poucos afetados vem a ingressar no judiciário pleiteando sua reparação apesar da quantia no total ser considerável, ou quando há dificuldade em se identificar todos os prejudicados. Nesses casos a jurisprudência desse país tem revertido o valor pertinente para causas conexas ao interesse do grupo de afetados.

Como aponta AdaPellegrini⁸⁷ o Brasil permitira o uso do *fluid recovery* nos direitos individuais coletivos de causa comum para causas conexas àquela que deu origem ao valor, permitindo que a indenização arrecadada não fosse utilizada na reparação daquele dano específico causado e fosse destinado na proteção de valores e no interesse da coletividade lesada. Tal aplicação teria de ser sempre residual, o que significa dizer que apenas após a abertura para a liquidação e execução individual de

⁸⁶ “Fluid recovery is often called ‘cy pres’ distribution, because it is a means of distributing unclaimed class funds to their ‘next best use.’ Although most cases using fluid recovery have been in the area of consumer protection or anti-trust, the principles governing cy pres distributions apply equally in civil rights and poverty law cases. Typically, fluid recoveries are used in several different situations. Fluid recovery may be appropriate where individual recoveries for all class members are impossible or impractical, such as where a large number of consumers have suffered small monetary losses. It may also be used in situations where a defendant’s conduct has made it difficult to identify class members. In these circumstances, outright grants to public interest organizations are made in order to ensure that the defendant does not enjoy a windfall as a result of its own illegal conduct. Even where class members may be identifiable, fluid recovery may be used as a means of distributing unclaimed funds remaining in a settlement or damage fund. In virtually all class actions, there will be some class members who cannot be located because of stale addresses, who will choose not to make claims, or who will neglect to cash settlement checks. In such cases, the residual may be granted to a public interest organization. To allow left-over funds to revert to a defendant in such situations would not only be a windfall but might also create an incentive for a defendant to be less than totally cooperative in locating and distributing damages.” Conceito do artigo SELIGMAN, Brad ; LARKIN, Jocelyn. *Fluid recovery and cy pres: a funding source for legal services*. The Impact Fund. 2008.

⁸⁷ Código brasileiro de defesa do consumidor comentado/ pelos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, Jpsé Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Junior e Zelmo Denari. 4º Ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária; 1995. p.564-567.

cada consumidor do prejuízo sofrido, e da passagem do lapso temporal estabelecido no art.100 do CDC estariam os legitimados possibilitados de reverter a quantia ao fundo.

O fundo teria a função de reparar o dano causado, mas podendo ser aplicado a outros eventos semelhantes e relacionados aos mesmos direitos difusos violados. Segundo a autora a aplicação dessa figura deve ser vista na forma restritiva descrita, pois em caso contrário isso inviabilizaria a tutela individual dos afetados pelo fato danoso. Se determinado fornecedor oferece produto com quantidade ou peso inferior ao ofertado, deve-se permitir que os diretamente prejudicados possam ingressar em juízo pedindo a liquidação e execução dos seus valores correspondentes antes que o total da indenização ingresse no fundo. Vale ressaltar que o *fluid recovery* se destina à tutela de direitos difusos, sua principal função é destinar a quantia devida na defesa de direitos de toda a coletividade ao redirecionar na defesa de direitos difusos a verba arrecadada por indenizações individuais não liquidadas e não executadas em âmbito individual.

Na LACP⁸⁸ foi prevista a possibilidade do juiz aplicar multa diária ao réu independentemente do pedido do autor, e tal dispositivo foi posteriormente copiado no CDC⁸⁹. O intuito da multa não é a criação de um novo crédito, mas sim influir para que o réu cumpra a decisão. A multa deve ter a proporção necessária para que não seja irrisória, mas não pode ser demasiadamente alta pois isso poderia gerar a falência da empresa e diversos problemas sociais(tais como redução de arrecadação tributária e redução de empregos) o que não seria uma medida proporcional.

⁸⁸ LACP Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

⁸⁹ CDC Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Os fundos reparatórios sociais tem uma importância fundamental, pois justificariam a aplicação de multas processuais preventivas de valores proporcionais ao porte econômico do infrator. A quantificação das multas no processo civil enfrenta dois posicionamentos polêmicos: o valor deve ser elevado o bastante para representar uma punição ao infrator e coibir que determinada violação a direito se perpetue no tempo, porém não pode ser grande o bastante para gerar um enriquecimento ilícito ao autor da ação.

Os defensores do primeiro posicionamento afirmam que apenas um valor proporcional ao porte econômico do infrator seria capaz de evitar que determinada ação ou omissão se perpetuasse, e que tendo em vista a efetividade da tutela jurisdicional poderia a multa ser inclusive superior à quantia da indenização. Não se trataria de um enriquecimento ilícito ao autor, pois ele seria fundamentado no direito em questão que foi reiteradamente violado. Os defensores do segundo posicionamento afirmam que a multa como acessória, não poderia ser maior que a indenização principal por uma questão de lógica, notável por exemplo no art.412 do Código Civil. Tal debate é bem fundamentado de ambos os lados, mas perde a razão de ser frente à existência dos fundos. Com esses o autor não será diretamente beneficiado pelo valor da multa, logo isso fundamenta a imposição de multas elevadas.

5. A Coisa Julgada

As questões levadas a juízo clamam por uma decisão que atribua a uma das partes do processo a tutela jurisdicional pretendida, ou a sua improcedência. Permitir que se rediscuta determinada questão por prazo indeterminado gera insegurança jurídica, pois as relações sociais necessitam de uma certa estabilidade. Não é razoável por exemplo que se discuta por 30 anos quem é o proprietário de determinado bem móvel, pois isso prejudicaria o exercício dos direitos reais (tais como uso, gozo e propriedade) sobre o objeto de litígio. O lapso temporal e a existência de uma medida

cautelar no exemplo provavelmente inviabilizariam a utilização do bem até sua deterioração ou perda quase total do valor comercial, o que não é algo razoável.

A tutela jurisdicional deve em algum ponto se tornar definitiva, ainda que com base em uma certeza incerta. Significa dizer que mesmo em alguns casos em que não haja convicção plena do juiz sobre a verdade material, ele deve julgar e atribuir fim ao litígio com base no conjunto probatório apresentado em juízo. Conforme Cândido Dinamarco⁹⁰ a coisa julgada significa a imutabilidade ou imunização dos efeitos da decisão jurisdicional, quando da decisão já não cabem recursos e ela não pode ser contestada em juízo.

A coisa julgada formal é nas palavras do autor “a imutabilidade da sentença como ato jurídico processual. Consiste no impedimento de qualquer recurso ou expediente processual destinado a impugna-la, de modo que, naquele processo, nenhum outro julgamento se fará. No processo em que se deu a coisa julgada formal, o ato jurídico sentença é representado pela sentença ou acórdão que, por não comportar recurso algum, haja transitado em julgado. Toda e qualquer sentença é apta a receber a coisa julgada formal, porque elas têm o efeito programado de extinguir o processo e, quando nenhum recurso tem cabimento ou o cabível não é interposto, o processo se extingue por força dela e nenhuma outra se proferirá naquele processo.”⁹¹

A coisa julgada material conforme Dinamarco seria “a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Quer se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente, no momento em que já não couber recurso algum institui-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado, uma situação de absoluta firmeza quanto

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3º ed. São Paulo; Malheiros Editores, 2003, p. 295-342.

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3º ed. São Paulo; Malheiros Editores, 2003, p.297.

aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem.”⁹²

A coisa julgada formal é a imutabilidade das sentenças judiciais, o processo em si teria fim pois não haveria um ato posterior cabível. A coisa julgada material é a imunidade da decisão de mérito do caso dado, o órgão jurisdicional decide a lide do caso posto e quanto a isso não cabem recursos. Assim podemos ter sentenças que extinguem o processo sem julgamento do mérito⁹³ e que apenas criam a coisa julgada formal (uma vez que o processo foi extinto mas o objeto de litígio pode ser discutido em outra ação), e podemos ter sentenças que extinguem o processo com julgamento do mérito⁹⁴ (a questão sobre o direito material foi resolvida, e o processo não possui recurso cabível).

A imutabilidade do julgado decorrente da coisa julgada pode comportar decisões injustas até certo grau, pois entre a busca por uma solução justa em um lapso temporal indeterminado e a estabilidade das relações sociais o ordenamento jurídico bra

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3º ed. São Paulo; Malheiros Editores, 2003, p.302-303.

⁹³ CPC Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

- I - quando o juiz indeferir a petição inicial;
- II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
- III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
- IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
- V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;
- VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
- VII – pela convenção de arbitragem;
- VIII - quando o autor desistir da ação;
- IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;
- X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;
- XI - nos demais casos prescritos neste Código.

⁹⁴ CPC Art. 269. Haverá resolução de mérito:

- I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;
- II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido;
- III - quando as partes transigirem;
- IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;
- V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

-sileiro escolheu a segunda⁹⁵. Há hipóteses de exceções⁹⁶ evidentemente, mas como tais não devem ser tratadas como regras e sim como de aplicação eventual e extraordinária.

A coisa julgada no processo individual é *inter partes*, ou seja, apenas vincula e gera efeitos em regra⁹⁷ para quem foi parte do processo⁹⁸. A impossibilidade

⁹⁵ Esse entendimento decorre da sistemática do ordenamento jurídico, pois uma vez havendo proteção constitucional ao instituto da coisa julgada, e ao se verificar que as hipóteses de cabimento da ação rescisória são restritas conclui-se que o valor da segurança jurídica se sobrepõe em certa medida ao da busca da justiça material.

⁹⁶ Pode-se citar a ação rescisória, a relativização da coisa julgada e a *querela nullitatis*. A primeira se encontra disciplinada no Código de Processo Civil, no art. 485.

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

A relativização da coisa julgada foi uma construção jurisprudencial, originalmente criada para tutelar o direito de personalidade e permitir uma certeza maior na filiação com base na nova prova do exame do DNA. Casos antigos transitados em julgado em que a paternidade não foi reconhecida por falta de provas tiveram a coisa julgada relativizada, para que se permitisse a produção do novo exame de DNA e a confirmação ou retificação da decisão anterior. O instituto da relativização da coisa julgada passou a ser adotado pela jurisprudência em outras hipóteses, como na da coisa julgada inconstitucional.

A *querela nullitatis* corresponde a um vício insanável no processo, segundo o qual não houve citação válida do réu e que gera violação a diversos princípios constitucionais tais como o devido processo legal, igualdade das partes, ampla defesa e contraditório. Da nulidade da citação decorre a própria inexistência do processo, que pode ser pleiteada em ação declaratória de prazo imprescritível.

⁹⁷ Há a possibilidade no nosso ordenamento jurídico de que alguém que não chegou a participar do processo seja beneficiado pelo julgamento. Seria o caso do juiz reconhecer de ofício a prescrição do direito do autor em estando o réu revel, ou julgar no mérito o pedido do autor como improcedente antes da citação do réu em se tratando de uma ação repetitiva. O que se busca é afastar a possibilidade de um sujeito ser prejudicado por determinada decisão na qual não lhe foi ofertada a possibilidade de se defender.

⁹⁸ CPC Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo,

de se rediscutir a questão (coisa julgada material) apenas opera efeitos a quem foi parte do processo, de modo que terceiros afetados podem propor novas ações caso afetados⁹⁹, trata-se do limite subjetivo da eficácia da coisa julgada. A coisa julgada nas demandas coletivas se opera de forma totalmente diferente, pois como se verá adiante tanto ela pode ter seus efeitos ampliados a quem não foi parte como poderá ter sua imutabilidade questionada com o surgimento de novas provas.

5.1 A coisa julgada *secundum eventum probationis e secundum eventum litis*

A coisa julgada nas demandas coletivas consumeristas possui uma particularidade que merece destaque, dada a sua importância. Por influência da lei da ação popular¹⁰⁰ e da lei da ação civil pública¹⁰¹ adotou-se na elaboração do CDC a figura da coisa julgada *secundum eventum probationis* e a coisa julgada *secundum eventum litis*.

em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

⁹⁹ A coisa julgada por expresso ditame legal bem como por respeito aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, inafastabilidade da jurisdição e segurança jurídica apenas opera seus efeitos a quem esteve presente no processo. Estender sua eficácia a terceiros alheios ao processo impediria que esses pleiteassem tutela jurisdicional sobre determinado objeto, com base em um processo no qual sequer puderam se manifestar.

¹⁰⁰ Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

¹⁰¹ O texto original sofreu alteração legislativa, entretanto no tocante à coisa julgada *secundum eventum probationis* manteve-se o regramento da matéria.

(texto original da lei 7.347/1985)

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

(nova redação dada ao artigo pela lei 9.494 de 10/09/1997)

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A improcedência da demanda seja em casos de direitos difusos¹⁰² ou em direitos coletivos¹⁰³ ocasionada por insuficiência de provas possibilita a propositura de uma nova ação caso novas provas sejam descobertas. Esse modelo de coisa julgada *secundum eventum probationis*¹⁰⁴ se assemelha à decisão de arquivamento do inquérito policial¹⁰⁵, uma vez que a decisão tomada será estável enquanto não surgirem novas e melhores provas capazes de alterar o mérito da decisão. Ou seja, a natureza de ambas as decisões possui uma estabilidade relativa ou transitória, pois enquanto não for alterado o conjunto probatório a decisão se perpetua e produz os efeitos próprios, entretanto caso surjam novas provas capazes de modificar o entendimento do juízo a respeito da matéria permite-se respectivamente a propositura de nova demanda se utilizando do novo conjunto probatório e a abertura de novas investigações e portanto o desarquivamento do inquérito.

¹⁰² Conforme entende-se da leitura dos artigos 81 parágrafo único inciso I e art. 103, I do CDC. São eles: CDC Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

CDC Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

¹⁰³ De forma semelhante, é essa a conclusão lógica da leitura do texto legal.

CDC Art. 81, Parágrafo único inciso II:

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

CDC Art. 103 Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

¹⁰⁴ A coisa julgada *secundum eventum probationis* opera seus efeitos a todos os envolvidos pois a questão em razão da indivisibilidade dos direitos (difusos ou coletivos) necessita de uma única decisão. Assim a decisão de procedência ou de improcedência do pedido afetaria a todos os relacionados, sendo que na última hipótese ela poderia ser revista com o surgimento de novas provas.

¹⁰⁵ CPP: Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

Isso não significa dizer que a tutela coletiva não gere coisa julgada, pois no caso de procedência do pedido há coisa julgada formal e material e caso improcedente também haverá coisa julgada nesses dois aspectos. A diferença está no detalhe em que a coisa julgada decorrente de improcedência do pedido por falta de prova é passível de mudança, ela apenas irá se manter enquanto não surgirem novas provas capazes de mudar o mérito da decisão.

O convencimento do juízo se dá mediante o conjunto probatório apresentado no processo, de modo que o seu convencimento se dá com base na ponderação entre as provas apresentadas. Quando há necessidade de produção de uma prova fundamental e essa não é obtida resta pouca dúvida a respeito da improcedência do pedido por falta de provas, se torna claro que o mérito foi desfavorável exatamente pela não produção dessa prova essencial. A questão que se coloca está na produção de provas de forma insuficiente, quando o autor da demanda coletiva apresenta as provas necessárias porém de modo superficial e com pouca potencialidade para influir no convencimento do juiz.

Uma representatividade inadequada, na qual a parte autora ao pleitear tutela de interesse coletivo ou difuso produz as provas necessárias de forma pouco satisfatória seria justificativa para a aplicação dos incisos I e II do art. 103 do CDC? Pode-se entender que sim, pois se restar claro que havia a possibilidade de produção de uma prova melhor e de forte caráter persuasivo de modo a decidir ou ao menos fortemente influenciar a decisão ela se caracterizaria como a nova prova enunciada nos dispositivos legais. Não é razoável que uma demanda mal proposta e que acarrete na improcedência do pedido versando sobre direito coletivo ou difuso gere prejuízos sociais, exatamente para que esse não se torne um mecanismo de fraude à tutela desses direitos. É por essa facilidade na nova propositura da demanda com base em novas provas que se justifica a ampliação do hall de legitimados ativos para as ações coletivas, pois mesmo havendo uma representatividade falha isso não geraria uma sentença absolutamente imutável.

Conforme Elton Venturi¹⁰⁶ os direitos coletivos e difusos exigem uma lógica diferenciada daquela existente no processo individual. Nesse o autor pleiteia um benefício para si e será ele o destinatário direto da decisão, logo qualquer omissão ou não cumprimento de determinado ônus apenas irá gerar eficácia jurídica prejudicial para a sua própria esfera¹⁰⁷. Nas ações coletivas, entretanto, a parte autora age buscando benefício na esfera jurídica de toda a coletividade ou de determinado grupo social logo não pode essa parcela social ficar refém de uma ação que poderia inclusive ser propositadamente mal formulada exatamente visando a perda da demanda. Essa visão parece ser a mais plausível, tendo em vista que ela inviabiliza que fortes grupos econômicos tentem fraudar a tutela de tais direitos ao organizarem a propositura de demandas fadadas ao fracasso.

Há discussões sobre a necessidade ou não do juiz deixar explícito o motivo de improcedência, ou se bastaria o surgimento das novas provas. Havendo a ampla produção das provas cabíveis para ambas as partes, o juiz decide o mérito da questão conforme as provas que constam nos autos. Não parece ser lógico que diante de um grande e bem elaborado conjunto probatório o juiz se convença pela improcedência da demanda e justifique a improcedência por falta de provas. Houve de fato a produção das provas necessárias ao convencimento, e tais provas serão suficientes para manter a decisão enquanto novo conjunto probatório não surgir.

Isso significa dizer que a avaliação sobre a insuficiência de provas seria um controle *a posteriori* da decisão, não há como o juiz fundamentar a improcedência da ação por falta de provas em um processo em que houve a larga produção das mesmas com base em um indício futuro e portanto desconhecido no momento. Não é possível que o juiz preveja o surgimento de uma prova futura que possa alterar o mérito da

¹⁰⁶ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p.238-247

¹⁰⁷ Decorre isso do próprio texto legal. CPC Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

decisão, portanto não seria necessário que o juiz expressamente diga que julgou improcedente por falta de provas.

Conforme Venturi¹⁰⁸ as demandas coletivas que permitem a nova propositura da ação com base em novas provas e que versem sobre direitos difusos deveriam ser propostas perante o meso juízo que julgou a causa anteriormente sempre que houver o surgimento de novas provas com um grande peso no mérito da decisão caso a anterior tenha sido julgada improcedente. Isso significa dizer que a coisa julgada com mérito pela improcedência do pedido seria algo sempre transitório, passível de modificação com o surgimento de novas evidências. Para o jurista isso não representa uma violação à segurança jurídica, precisamos nos adaptar à necessidade de tutela de novas perspectivas de direitos. O próprio conceito de segurança jurídica teria se alterado com a evolução histórica e cultural da sociedade. A tutela de direitos transindividuais exige que decisões que os prejudiquem possam ser revistas sempre que necessário, sem a imunidade da coisa julgada. Seria da natureza do direito transindividual a falta de um prazo prescricional, significa dizer que a qualquer tempo uma violação a tais direitos pode ser revista e reexaminada sempre que tiver por base novo e considerável conjunto probatório.

Nos casos de ação coletiva pleiteando interesses ou direitos individuais homogêneos¹⁰⁹ há a coisa julgada *secundum eventum litis*¹¹⁰, segundo a qual a sentença

¹⁰⁸ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p.382-389 e p.399-405

¹⁰⁹ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹¹⁰ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

proferida nos autos da ação coletiva apenas terá eficácia *erga omnes* no caso de procedência do pedido, e sendo improcedente apenas afetará no polo ativo o autor da ação. Sendo assim a coisa julgada sempre se opera para quem fez parte do processo, podendo ou não ser estendida a depender do mérito da decisão.

Como apresentado por Gidi¹¹¹ ao apresentar as críticas e respostas a essas pela doutrina ao instituto, isso não significa dizer que na improcedência da ação coletiva podem os outros consumidores ajuizar novas ações coletivas por não terem sido afetados pela coisa julgada. A extensão *in utilibus* da coisa julgada ao tratar sobre os direitos individuais homogêneos significa dizer que caso improcedente a ação coletiva pode cada consumidor afetado buscar sua indenização pessoal por meio da ação individual, e caso procedente a ação coletiva ela seria estendida aos demais consumidores que não participaram do processo. Caso improcedente a ação coletiva a via coletiva estaria preclusa pois já teria sido julgada, mas isso não impediria que determinados consumidores dadas eventuais peculiaridades de seu caso consigam a procedência da demanda individual.

Esse modelo é criticado pois exigiria que o réu viesse a se defender em juízo sempre que um novo autor individual der início a uma ação individual contra ele, mesmo que a ação coletiva tenha sido julgada improcedente. Isso gera uma enorme insegurança jurídica ao réu, pois mesmo obtendo êxito em demanda judicial coletiva ainda poderia estar sujeito a nova demanda desde que proposta de forma individual. Tal argumento é combatido, primeiro pela dificuldade que o autor individual teria em obter o julgamento do mérito favorável sendo que a correspondente ação coletiva foi julgada improcedente. A possibilidade excepcional desse feito por conta de peculiaridades do caso não abordadas em via coletiva justificaria em si a adoção da extensão *in utilibus* da coisa julgada para evitar prejuízos ao consumidor. Ainda, imaginar que a via coletiva

¹¹¹ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.67-71

pudesse impedir a propositura de demandas individuais que dadas eventuais peculiaridades possam ser procedentes seria inviabilizar o acesso à Justiça dos cidadãos¹¹².

5.2 A tentativa de restrição da coisa julgada em processos coletivos

O artigo 16¹¹³ da lei da ação civil pública, que trata sobre a coisa julgada da sentença coletiva, foi alterado pela Medida Provisória 1570-5 de 1997 convertida posteriormente na lei 9.494 de 1997. A lei 7.347 de 1985 junto com outras produções legislativas cria um microsistema legal de processos coletivos¹¹⁴, havendo uma comunicação entre os textos legais por força de uma leitura sistemática e teleológica das leis. Além disso o próprio CDC expressamente faz referência ao artigo alterado¹¹⁵, remetendo sua aplicabilidade às demandas coletivas.

¹¹² CF Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹¹³ Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, **nos limites da competência territorial do órgão prolator**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (g.n).

A alteração legislativa deu-se no acréscimo do trecho destacado.

¹¹⁴ “(...) O motivo de rever o entendimento sufragado pela sentença reside unicamente no fato de que, por se tratar de demanda que envolve direitos coletivos em sentido lato, há atração do microsistema específico, formado basicamente - mas não exclusivamente - pelas Leis n. 4.717/65 (LAP), 7.347/85 (LACP) e 8.038/90 (CDC).

5. De acordo com a leitura sistemática e teleológica das Leis de Ação Popular e Ação Civil Pública, fica evidente que o reconhecimento da ilegitimidade ativa para o feito jamais poderia conduzir à pura e simples extinção do processo sem resolução de mérito.

6. Isto porque, segundo os arts. 9º da Lei n. 4.717/65 e 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85, compete ao magistrado condutor do feito, em caso de desistência infundada, abrir oportunidade para que outros interessados assumam o pólo ativo da demanda.(...)”

(REsp 1177453/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010)

¹¹⁵ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

Com o advento da alteração do mencionado artigo se tentou restringir a eficácia das decisões à jurisdição do juiz. A coisa julgada atingiria apenas o âmbito da competência territorial do juízo do caso, haveria pela aplicação do texto legal o limite territorial da coisa julgada a depender da abrangência do objeto. Além dessa restrição, o art. 2-A¹¹⁶ acrescido na lei 9494/97 passou a restringir ainda mais a tutela jurisdicional dos direitos coletivos pois somente os domiciliados no território afetado poderia obter o benefício do julgado.

5.3 A crítica doutrinária e a mudança de entendimento do STJ

Enquanto o art. 16 da LACP seria aplicável a demandas envolvendo direitos difusos e coletivos de grupos específicos o art. 2º - A da Lei Federal 9.494/97 seria incidente em demandas sobre direitos individuais homogêneos. A doutrina se posicionou estabelecendo fortes críticas a essa dupla restrição da tutela jurisdicional em ações coletivas.

Conforme Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr.¹¹⁷ os dispositivos são irrazoáveis e apresentam exigências absurdas, que acabariam por pulverizar a tutela coletiva e inviabilizar a mesma. Se fosse exigido que os substituídos tenham domicílio no local de competência do juízo, em se tratando de direito difuso ou envolvendo uma categoria nacionalmente consolidada (como servidores públicos federais), haveria a necessidade do ajuizamento de diversas ações de mesmo objeto em diferentes comarcas e se correria o risco de procedência em algumas demandas e improcedência em outras.

¹¹⁶ Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

¹¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

Conforme os autores isso violaria o princípio da igualdade¹¹⁸ pois sujeitos em situação jurídica idêntica poderiam ter decisões de mérito antagônicas. No mesmo sentido se posiciona outros juristas como apresentado nesse trecho¹¹⁹:

“ Suponha-se que um empregador de âmbito nacional (por exemplo, um Banco com agências por todo o território brasileiro), esteja lesando por um ato toda a sua coletividade de empregados, através, por exemplo, de uma alteração ilícita e geral das condições de trabalho. Para reparar tal lesão, de caráter nacional, ter-se-ia que intentar diversas ações e distribuí-las por tantas Juntas quantas fossem necessárias para abarcar todo o território abrangido pelo dano. Tal pulverização, contrariando a natureza coletiva do bem tutelado, implicaria, certamente, em múltiplos provimentos, com alto risco de decisões conflitantes”.

Além da produção excessiva de julgados devido à pulverização da tutela coletiva, da alta probabilidade de julgamentos conflitantes , e da violação ao princípio da igualdade os autores ainda estabelecem outras críticas igualmente bem fundamentadas. Não seria lógico conforme os dois autores que um interesse essencialmente indivisível por pertencente a toda uma categoria fosse reconhecido para alguns de seus membros e não para outros, com base na localidade em que estão domiciliados. A decisão de procedência ou improcedência deve ser dada para a categoria como um todo, deve-se ter uma decisão única para a efetiva tutela do direito material objeto da demanda.

¹¹⁸ O Princípio da Igualdade presente na Constituição Federal em diversos dispositivos (art.4º VIII; art.5º caput e incisos I ,VIII, XXXVIII; art. 7º XXXII, art. 14; art. 150 II) zela pelo tratamento igualitário entre sujeitos em situação idêntica, não podendo o Estado e o particular estabelecer diferenciações ou desigualdades em função do gênero, classe social ou religião por exemplo. Com base no art. 3 inciso III da CF deve o Estado inclusive buscar a redução das desigualdades entre os indivíduos, buscando a igualdade material entre eles. Para tal ele pode valer-se de tratamentos diferenciados desde que esses fomentem a redução das desigualdades materiais que ocorrem na sociedade, como no exemplo da constitucionalidade das vagas de cotas raciais em universidades públicas.

¹¹⁹ STANDER, Célia; MALTA, Elisa. *A coisa julgada nas ações civis públicas e a Lei 9.494/97*. Revista Ltr, 62/637.

O próprio art.93 do CDC amplia a competência ao julgamento de ações envolvendo danos regionais ou nacionais para o juízo da capital dos Estados ou no Distrito Federal, e em sendo esse o órgão competente os dispositivos legais criticados não teriam importância prática. Haveria ainda uma violação à efetividade da própria jurisdição¹²⁰, pois sendo ela o Poder do juiz instituído dizer o direito do caso concreto (*iuris dictio*) sua decisão deve produzir todos os efeitos necessários no território nacional, não sendo restrita a sua eficácia conforme a comarca de onde foi proferida a decisão. Nesse sentido vale citar Nelson e Nery Jr.:¹²¹

“... o Presidente da República [quem instituiu a Medida Provisória com os dispositivos criticados e posteriormente convertida em lei] confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, como se vê, v.g., a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado!(...) Portanto, se o juiz que proferiu a sentença na ação coletiva *tout court* , quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso (v. CDC 103) em todo o território nacional-e também no exterior [no caso de homologação da sentença brasileira]-, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada...”.

¹²⁰ “ Assumindo que o sistema processual é impulsionado por uma série de escopos e que o Estado chama a si a atribuição de propiciar a consecução destes, uma das *funções estatais* é a de realizar os escopos do processo. Tal é a *jurisdição*, função exercida pelo Estado através de agentes adequados (os juízes), com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supra-individuais e aos demais escopos do sistema processual. Entre esses escopos está o de *atuação do direito material*, tradicionalmente apontado como fator apto a dar à jurisdição uma feição própria e diferencia-la conceitualmente das demais funções estatais- pois nenhuma outra é exercida com o objetivo de dar efetividade ao direito material em casos concretos. Conceitua-se a jurisdição, a partir dessas premissas , como *função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos.*” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do Direito Processual Civil*. São Paulo. Volume I, 6ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores ano p.315.
Conforme o autor a jurisdição seria um poder estatal, portanto uno e indivisível, e visando a realização do direito material.

¹²¹ NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante em vigor*. 5ª ed. São Paulo:RT,2001, p.1.558.

A doutrina ainda constrói um entendimento pela inaplicabilidade dos dispositivos¹²², pois é aplicável o art.103 do CDC nas ações coletivas propostas com fundamento na LACP (por expressa menção legal, nos artigos 21 da LACP e 90 do CDC) o que impediria os efeitos dos artigos mencionados na lei 9.494/97. Como apenas se alterou a LACP art.16 mas se manteve o CDC art.103 não haveria uma limitação territorial para a eficácia *erga omnes* de um caso de ação civil pública, estando ele fundado na LACP ou no próprio CDC.

No julgamento do REsp Nº 1.243.887 – PR, de dezembro de 2011, a Corte Especial do STJ entendeu que as decisões tomadas em ações civis públicas devem ter validade nacional, não sendo portanto as suas execuções limitadas aos municípios onde foram proferidas, afastando-se desse modo a incidência do art. 16 da LACP. Cita-se os seguintes trechos do voto do ministro relator Luiz Felipe Salomão:¹²³

“Com efeito, como ocorreu no caso dos autos, pode o consumidor ajuizar a liquidação/execução individual de sentença proferida em ação civil pública no foro do seu próprio domicílio, e não se há falar em limites territoriais da coisa julgada, como argumenta o recorrente.

Aduz o recorrente, nesse ponto, que o alcance territorial da coisa julgada se limita à comarca na qual tramitou a ação coletiva, mercê do art. 16 da Lei das Ações Cíveis Públicas (Lei n. 7.347/85) (...)

¹²² NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante em vigor*. 5º ed. São Paulo:RT,2001, p.1.558. Assumindo o mesmo posicionamento, MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11º ed. São Paulo:Saraiva,p.287; SILVA, Bruno Freire e. “A ineficácia de tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública”. *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo:quartier Latin, 2005, p.334-345.

¹²³ (REsp 1243887 / PR. Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL. Data do Julgamento 19/10/2011. Data da Publicação/Fonte DJe 12/12/2011).

Tal interpretação, uma vez mais, esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II, CDC). Assim, a prosperar a tese do recorrente, o efeito erga omnes próprio da sentença estaria restrito às capitais, excluindo todos os demais potencialmente beneficiários da decisão.

A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os "efeitos" ou a "eficácia" da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada - a despeito da atecnia do art. 467 do CPC - não é "efeito" ou "eficácia" da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la "imutável e indiscutível".

É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os "limites da lide e das questões decididas" (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) - tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat.

A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides. (...)

A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual "a eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário" (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade

jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme - em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide.

Caso contrário, 'esse diferenciado regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial em sua dimensão coletiva, reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais' (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit. p. 325), 'atomizando' as lides na contramão do moderno processo de "molecularização" das demandas'.

6. Considerações finais

Tratou-se no presente trabalho sobre alguns dos benefícios do uso das ações coletivas no direito do consumidor. Além de algumas vantagens próprias do uso da via coletiva em detrimento da individual como a economia processual e a prevenção de julgados conflitantes, a decisão proferida na via coletiva pode ter seus efeitos alargados para beneficiar quem não foi parte. Viu-se que mesmo improcedente, a ação coletiva não impede a propositura das respectivas ações individuais de cada consumidor lesado, o que apenas representa mais um incentivo à propositura dessas demandas.

Procurou-se apresentar o tratamento diferenciado nas ações coletivas em relação a institutos clássicos do direito, ao se permitir a defesa em juízo por uma gama bastante variada de legitimados em razão dos próprios direitos tratados sem haver nesse primeiro momento um controle rígido sobre a adequada representatividade, o que seria contornado pela lógica do nosso sistema pela forma diferenciada de regramento da coisa julgada.

Nosso sistema de ações coletivas é bastante avançado e bem desenvolvido, porém isso não significa que não esteja sujeito a melhorias ou aprimoramentos. Talvez a mais notável melhora possível de ser realizada seja o ingresso de forma clara e incontroversa da figura da *adequacy representation*, presente nas *class actions* dos Estados Unidos. Na hipótese de se proporem ações coletivas de forma insatisfatória, tal controle agiliza o julgamento do mérito em ações sobre direitos difusos ou coletivos pois não se teria de aguardar o julgamento de improcedência do pedido por falta de provas para o ajuizamento de nova ação com base em outro conjunto probatório, bastaria a substituição do autor da ação por outro capaz de prover o devido andamento do processo. Na via dos direitos coletivos individuais homogêneos tal controle seria ainda mais essencial, pois apesar da sentença improcedente apenas vincular o autor e litisconsortes ativos daquela ação permitindo a busca dos direitos dos demais em ações

individuais, do julgado improcedente da ação coletiva tem-se a preclusão dessa via o que acarreta em inegável prejuízo aos consumidores.

7. Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.572

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 137, agosto 2006. p.7-31

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, in *Temas de Direito Processual, Terceira Série*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 195-196

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol: II, Campinas, Bookseller, 1998, p.303.

Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009

DINAMARCO, Candido R. (Candido Rangel). *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do Direito Processual Civil*. São Paulo. Volume I, 6º edição, revista e atualizada. Malheiros, 2009.

ELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de processo civil anotado*, p. 1.866, 5.ª ed. São Paulo: RT, 2001.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendencia em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções. *Jus Navigandi*, Teresina, Ano 9, Nº 851, 1 nov 2005

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1991 p.294.

LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p.259.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 272, 5 abr. 2004.

MAZZEI, Rodrigo Reis. “A ação popular e o microsistema da tutela coletiva”. Luiz Manoel Gomes Jr. E Ronaldo Fenelon Santos Filho (coords.). *Ação popular- aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo:RT, 2007., p.411-412.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11º ed. São Paulo:Saraiva,p.287.

NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante em vigor*. 5º ed. São Paulo:RT,2001, p.1.558.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Substituição Processual*. 1971. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

SELIGMAN, Brad ; LARKIN, Jocelyn. *Fluid recovery and cy pres: a funding source for legal services*. The Impact Fund. 2008.

SILVA, Bruno Freire e. “ A ineficácia de tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública”. *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo:quartier Latin, 2005, p.334-345.

STANDER, Célia; MALTA, Elisa. *A coisa julgada nas ações civis públicas e a Lei 9.494/97*. Revista Ltr, 62/637.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.18

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZAVASCKI , Teori Albino. *Processo coletivo:tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito)-Programa de pós-graduação em direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. 2005.

8. Anexos